UNIVERSITÉ DE BORDEAUX – FACULTÉ DE DROIT

AU CARREFOUR DE TROIS SYSTÈMES JURIDIQUES

LE DROIT CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

soutenue le 21 avril 1950, à 14 h. 30

PAR

Gérard LE MOYNE DE SÉRIGNY

Editions
LA MAISON DES LIVRES
ALGER

1950

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538106_0072

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX – FACULTÉ DE DROIT

AU CARREFOUR DE TROIS SYSTÈMES JURIDIQUES

LE DROIT CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

soutenue le 21 avril 1950, à 14 h. '30

PAR

Gérard LE MOYNE DE SÉRIGNY

Editions
LA MAISON DES LIVRES
ALGER

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE BORDEAUX

Professeur honoraire : MARGAT, ✲ ✪ I

POPLAWSKI, ✲ , ✪ I , doyen, professeur de *Droit criminel,* chargé de cours de *Législation industrielle* (licence) et d'un cours de *Droit criminel* (capacité).

PALMADE, , ✲✪ , I , professeur de *Droit commercial.*

BIBIE, ✲ , , professeur de *Droit international public,* chargé d'un cours de *Droit public* (capacité).

LABORDE-LACOSTE, ✲ , ✪ I, professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours d'*Enregistrement* (licence).

GARRIGOU-LAGRANGE, ✪ I, professeur d'*Economie politique,* chargé d'un cours de *Législation rurale* (licence).

HUBRECHT, ✪ I, professeur d'*Histoire du droit* (doctorat), chargé d'un cours de *Droit romain* (licence 2e année).

BRETHE DE LA GRESSAYE, ✪ I, assesseur du doyen, professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours de *Droit civil approfondi* (doctorat).

ELLUL, professeur de *Droit romain* (licence), chargé d'un cours d'*Histoire sociale* (doctorat).

DE JUGLART, professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours de *Droit maritime* (licence).

DUVERGER, professeur de *Droit administratif,* chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (doctorat).

LAJUGIE, professeur d'*Economie politique,* chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (doctorat).

PERRET, professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours de *Droit international privé* (licence).

ROUQUET LA GARRIGUE, agrégé (Sciences économiques).

MERIGOT, agrégé (Sciences économiques).

JAUBERT, chargé de cours (Droit romain).

HOMONT, chargé de cours (Droit public).

M. ARTIGUELONG, ✪ I, *Secrétaire.*

Mme COSTES, ✪ I, *Secrétaire adjointe.*

Mme SOUBIE, ✪ A, *Bibliothécaire.*

COMMISSION DE LA THÈSE

M. LABORDE-LACOSTE, *professeur*..... Président

M. HUBRECHT, *professeur*.....

M. PERRET, *professeur*..... Suffragants

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A la mémoire de mes maîtres regrettés :

M. le doyen Henry VIZIOZ
professeur de procédure civile et de droit comparé

M. Joseph-Antoine BERNARD
professeur d'histoire du droit et de droit canonique

Tous deux disparus en août 1948 dans l'Atlantique Sud à bord du Latécoère 631

Cités à l'Ordre de la Nation

Je dédie cette thèse.

INTRODUCTION

I. — Après avoir occupé en Orient, pendant tout le XII[e] siècle, le royaume latin de Jérusalem — premier empire colonial français — que, trop absorbée par les menaces qui pesaient sur elle, la France féodale fut dans l'impossibilité de défendre, par le débarquement à Gaspé le 20 avril 1534 de Jacques Cartier qui, au nom du roi François I[er], prit possession de la « Nouvelle France », la France monarchique se constituait son second empire colonial, cette fois en Occident.

Cet empire, auquel Champlain avait donné pour capitale Québec à l'embouchure du Saint-Laurent, qui était bordé à l'est par la chaîne des Apalaches, à l'ouest par les Montagnes Rocheuses et qui, au milieu du XVIII[e] siècle, s'étendait de la baie d'Hudson au nord jusqu'au golfe du Mexique au sud, se prolongeant par les « Isles », était essentiellement constitué par la région des Grands Lacs et l'immense bassin du Mississipi qui, réunissant la Nouvelle France à la Louisiane, en faisait un tout représentant plus des quatre cinquièmes des Etats-Unis-Canada actuels (1).

Si le traité de Paris de 1763 a anéanti la puissance territoriale de la France dans le nouveau monde, puissance dont Saint-Pierre-et-Miquelon, la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane ne sont que des vestiges, notre influence intellectuelle est demeurée.

Peu de Français ignorent en effet depuis la dernière guerre mondiale que notre langue maintient au Canada et même en Louisiane l'influence de l'ancienne mère patrie et que nos savants, nos professeurs, nos ouvrages littéraires et scientifiques y sont favorablement accueillis, mais ce qui est beaucoup moins connu, c'est la part revenant à nos institutions juridiques dans le maintien de ce contact avec la France.

De même que les croisés avaient appliqué en Terre Sainte les principes du droit féodal dans sa pureté absolue, principes qui nous ont été conservés par les « Assises de Jérusalem », de même les colons qui accompagnèrent Champlain, Marquette, Cavelier de la Salle, appliquèrent-ils la coutume de Paris. S'il faut mettre à part la Louisiane où, bien qu'un code civil imité du nôtre y soit toujours en vigueur, l'influence de la « Common Law » se fait de plus en plus

(1) Cf « L'empire français d'Amérique », de G.-L. Jaray, Paris 1938.

sentir (1), au Canada dans la province de Québec (2) la seconde coutume de Paris a formé le droit commun jusqu'à la promulgation en 1866 d'un code civil inspiré du code Napoléon.

« Ce code civil de Québec — écrivait M. Henri Capitant dans sa « communication à la Société de législation comparée le 12 décem- « bre 1934 sur les journées du droit civil au Canada et reportée au « Dalloz hebdomadaire 1935 — est très intéressant à étudier et l'on « doit regretter qu'il ne soit pas plus connu et plus souvent cité « chez nous. Tout d'abord, il contient en substance la doctrine du « vieux droit de la coutume de Paris : il en est tout imprégné. « Ainsi l'institution des substitutions fidéicommissaires est demeurée « en vigueur comme dans notre ancien droit avec limitation à deux « degrés, institution non comprise. Le divorce est inconnu au Canada « français ; seule y est admise la séparation de corps. Le mariage « y est un contrat religieux. La puissance maritale est organisée « d'une façon plus logique. Les actes passés par la femme sans « l'autorisation de son mari sont frappés de nullité absolue. D'autre « part, on trouve dans ce code certaines institutions empruntées au « droit anglais. La principale est la liberté absolue de tester du « père de famille, la réserve des enfants y est inconnue. »

Et plus loin M. Capitant continue : « ... Une autre institution « originale est celle de la fiducie imitée du trust anglais et qui « rend de grands services. Les articles qui en traitent ont été ajou- « tés au code civil en 1888 (articles 981 *a* à 981 *r*).

« Mais, à part ces réserves, le code civil canadien présente une « grande ressemblance avec notre code civil. Un grand nombre des « articles de celui-ci s'y trouvent textuellement reproduits... » et M. Capitant ajoute : « Le code canadien et les mouvements de la « jurisprudence canadienne ne sont pas étudiés en France. L'étude « en serait du plus grand intérêt pour nous. »

C'est ce texte qui a inspiré le titre de notre thèse : « Au car- refour de trois systèmes juridiques. Le droit civil de la province de Québec. »

Ces trois systèmes non seulement se rencontrent, mais aussi s'interpénètrent. En plus de la coexistence, il y a concours à une œuvre d'unification juridique grâce à la Cour suprême d'Ottawa.

Composée en effet de juges en majorité originaires des pro- vinces de droit anglais et aux décisions de laquelle se conforment les juridictions inférieures de tout le dominion lorsque par deux fois elle s'est prononcée dans le même sens, la Cour suprême permet l'infiltration de la « Common Law » dans le droit de la province de Québec.

---

(1) Cf. « Introduction à l'étude du droit comparé », Lambert, t. II, Paris, 1938. — Article de Gordon Ireland, « La Louisiane, vue nouvelle de son système de droit ».

(2) Peuplée en 1943 de 3.457.000 habitants.

Ne serait-ce donc qu'au point de vue du droit international privé, dans le règlement des conflits de lois qui surgissent fréquemment entre les habitants des différentes provinces, l'étude du droit civil de Québec présente un grand intérêt.

En effet, le critère de la nationalité dont on se sert en France pour le choix de la loi applicable aux personnes ne peut être retenu dans ce cas. L'article 6 du code de Québec tient donc compte du domicile comme notre ancien droit qui, pour régler les conflits de coutumes, se basait sur le statut réel. Mais, comme dans la plupart des droits modernes, le statut personnel a pris une ampleur telle qu'il exclut pratiquement jusqu'à la notion de statut réel. Le statut personnel est aussi invoqué dans la province de Québec, ainsi en matière d'état des personnes : pour déterminer la validité d'un mariage on invoque la loi du domicile respectif des parties en ce qui concerne leur capacité. Aucun changement postérieur de domicile, et quel que soit le lieu où se trouvent ultérieurement les époux, ne saurait modifier cette capacité.

En dehors des problèmes de droit international privé qu'il soulève, l'intérêt primordial de l'étude du droit civil de la province de Québec se trouve dans le fait qu'il s'apparente le plus au système juridique français.

Un traité consacré aux sources du droit du Canada français mettrait surtout en relief l'influence du droit français moderne puisque, comme le souligne M. Capitant, un grand nombre des articles du code Napoléon se retrouvent reproduits au code de Québec et que les institutions de l'ancien droit et du droit anglais sont en nombre restreint.

Le but de notre travail n'ayant pas été d'étudier les sources du droit de la province de Québec mais de mettre en lumière ce qui fait son originalité par rapport au nôtre, à savoir la coexistence et le concours de l'ancien droit, du droit français moderne, du droit anglais, nous nous sommes étendus sur les institutions de l'ancien droit et du droit anglais qui ne se retrouvent pas au code civil français et nous n'avons étudié que les plus marquantes des institutions empruntées au droit moderne français, d'où le plan de notre thèse :

Première partie. — L'influence de l'ancien droit.

Deuxième partie. — L'influence du droit français moderne.

Troisième partie. — L'influence du droit anglais.

Mais, auparavant, nous avons tenu à donner un aperçu de l'histoire du droit de la province de Québec.

APERÇU DE L'HISTOIRE DU DROIT DE LA PROVINCE DE QUEBEC

2. — On sait que c'est à Gaspé que, le 25 juillet 1534, Jacques Cartier prit possession du Canada.

« Le vingt-quatrième jour dudyct moys, nous dit un de ses com-
« pagnons, nous fismes faire une croix de trente pieds de haut qui
« fut faicte devant plusieurs d'eux (les Indiens) sur la poincte de
« l'entrée dudict hable, sous le croysuillon de laquelle mismes ung
« escusson en bosse à troys fleurs de lys et dessus ung escripteau
« en boys engravé en grosse lettre de forme où il y avait : Vive le
« roy de France, et icelle croix plantasmes sur ladicte poincte devant
« eux. »

A partir de ce jour, le Canada devint colonie française et ne cessa de l'être qu'au Traité de Paris de 1763 où il fut cédé à l'Angleterre.

Son histoire se divise donc en deux périodes :

La domination française, 1534-1759.

La domination anglaise, 1763 à nos jours.

§ I^er^. — LA DOMINATION FRANÇAISE

PREMIERE EPOQUE (1534-1663)

3. — Dès 1535, Cartier, nanti d'une nouvelle commission du roi François I^er^, revenait au nouveau monde avec des commerçants, des industriels, des cultivateurs. Beaucoup plus tard seulement l'administration de la justice fut organisée.

En 1621 cependant, Champlain avait publié quelques ordonnances pour la bonne conduite des colons, mais il ne semble pas que des instructions officielles lui aient été données au sujet du droit à appliquer pour la cour de prévôté qu'il avait instituée à Québec sur le modèle de celles qui existaient en France. Néanmoins, les arrêts de la cour de prévôté paraissent indiquer que, dès cette époque, la coutume de Paris fut suivie.

Plus tard, Richelieu ayant concédé en 1627 à la Compagnie des cent associés — compagnie qui se chargeait moyennant des avantages commerciaux de peupler le pays — la Nouvelle France et la Floride, le roi se réserva alors la nomination des officiers de la justice souveraine, lesquels devaient être présentés par la Compagnie et confirmés par la Couronne. En 1651, la Compagnie décida que la justice aurait pour chef un grand sénéchal institué pour tout le pays. La justice était administrée au nom du sénéchal par des officiers de la sénéchaussée, c'est-à-dire par le lieutenant général, le lieutenant particulier et le lieutenant fiscal.

Ce n'est qu'après la dissolution de la Compagnie des cent associés en 1663 que la coutume de Paris, appliquée jusqu'alors en même temps que la coutume du Vexin, fut officiellement reconnue comme source du droit au Canada.

DEUXIEME EPOQUE (1663-1759)

4. — Par son édit d'avril 1663, le roi établit au Canada une administration royale et fit organiser une cour supérieure connue sous le nom de Conseil souverain de Québec.

Au Conseil — sorte de petit Parlement de Paris (1) — était accordé le pouvoir de connaître de toutes les causes civiles et criminelles pour juger souverainement et en dernier ressort selon les lois et ordonnances du royaume et y procéder autant que possible en la forme gardée dans le ressort de la Cour du Parlement de Paris. Le roi se réservait le droit de changer, de réformer et même d'abolir les lois ainsi faites si le bien de la communauté l'exigeait. Le Conseil réglait la dépense des deniers publics, disposait de la traite des pelleteries avec les sauvages et de tout le trafic que les habitants du Canada pouvaient faire avec les marchands du royaume.

A côté du Conseil souverain, des juridictions inférieures civiles et criminelles partagées entre les districts de Québec, Montréal, Trois-Rivières furent instituées.

En dehors de la coutume de Paris et des ordonnances qui, de temps en temps, furent enregistrées par le Conseil souverain de Québec, le Conseil souverain promulgua « un nombre formidable » de règlements concernant toutes les matières du droit et jusqu'au milieu du XVIII[e] siècle à la fin de l'occupation française, la Nouvelle France fut régie par la coutume de Paris, complétée ou modifiée par les ordonnances royales, interprétée par les autorités locales et la jurisprudence (2).

§ II. — LA DOMINATION ANGLAISE

5. — I. De la capitulation de Montréal jusqu'à l'acte de Québec 1760-1774.

Après la capitulation de Montréal le 8 septembre 1760, à la suite de leur victoire des plaines d'Abraham, les Anglais, une fois maîtres du Canada, après y avoir instauré la loi martiale de 1760 à 1764, y introduisirent le système judiciaire britannique. George III, après que le traité de Paris eut été signé le 17 mai 1765, avait lancé une proclamation le 7 octobre suivant, manifestant son intention d'abroger la législation française et le major général Murray, nommé gouverneur en chef de la province de Québec, avait organisé par ordonnance du 17 septembre 1764 l'administration judiciaire de la province de Québec sur le modèle de l'administration judiciaire anglaise (institution d'une Cour supérieure ou Cour du banc du roi, d'une Cour inférieure ou de plaidoyers communs, d'une Cour de vice-amirauté pour les

(1) Lemieux : « Origine du droit franco-canadien », Montréal, 1900, p. 263.

(2) Cf Thèse Antier, Paris, 1923 : « La survivance de la seconde coutume de Paris. Le droit civil du Bas Canada ».

affaires commerciales et maritimes, substitution de la procédure anglaise à la procédure française).

Bien entendu, les Canadiens français réagirent vivement et vu leur importance numérique (en 1765, sur 60.000 habitants, il n'y avait que 500 Anglais), les autorités locales anglaises se rendirent compte qu'il fallait rétablir l'ancienne législation : c'est pourquoi, en 1773, le gouverneur du Canada nomma une commission de trois Canadiens français chargée d'établir un résumé de la législation française en vigueur avant 1763. Le travail de cette commission connu sous le nom « d'extraits des Messieurs » et qui est un relevé de la coutume de Paris aboutit à la consécration de la législation française par l'*Acte de Québec le* 13 *juin* 1774 ; acte qui réservait cependant aux habitants la liberté de tester suivant les lois anglaises, introduisait dans la colonie les lois pénales anglaises, et donnait la possibilité pour l'avenir de réformer les lois civiles de la province de Québec. Néanmoins, le droit civil canadien restait le même qu'en 1763 au moment du traité de Paris.

6. — II. De l'acte de Québec à la rédaction et à la promulgation du code civil canadien - 1774-1866.

Pendant toute cette période, le droit français fut de plus en plus appliqué dans la province de Québec. Au début, le parti anglais essaya de résister, mais l'acte de Québec fut confirmé par un acte constitutionnel de 1791.

Jusqu'au code, deux ordonnances modifièrent les règles de la coutume de Paris.

D'abord, l'ordonnance du 16 février 1782 qui organisa les successions testamentaires en conformité avec le droit anglais ; ensuite l'ordonnance de 1856 dont le but fut de faire disparaître les institutions féodales concernant la tenure et qui existaient encore au Canada alors qu'elles avaient disparu depuis plus d'un demi-siècle avant en France.

Donc à cette époque, à la veille de la promulgation du code de Québec, la coutume de Paris, les travaux des jurisconsultes de l'ancien régime (Domat, Dumoulin, Coquille) et surtout notre code civil de 1804 inspiraient seuls la jurisprudence canadienne.

La nécessité d'un code se faisait cependant sentir. En effet, beaucoup d'articles de la coutume de Paris n'étaient pas appliqués, d'autre part cette coutume ne donnait plus le moyen de régler tous les litiges ; enfin, les ouvrages de doctrine étaient compliqués à consulter et devenaient de plus en plus rares.

Sous l'inspiration de sir G.R. Cartier, le Parlement décida donc en 1857 de faire codifier les lois civiles du Bas Canada, travail qui fut confié à trois commissaires, les juges Caron, Day et Morin (1).

---

(1) Lemieux, op. cité, p. 446.

7. — III. Codification et promulgation du code - 1866.

Deux systèmes de codification pouvaient être adoptés, ou bien créer une législation nouvelle inspirée de la situation politique et économique du pays, ou bien coordonner l'ancienne en l'adaptant aux besoins nouveaux. C'est cette seconde solution qui prévalut. La mission qui fut donnée aux codificateurs ne fut pas tant de rédiger des lois nouvelles que de réduire en textes distincts les dispositions du droit en vigueur en indiquant sous chaque article les autorités qui l'appuient. Comme nous l'indiquent les commissaires : « La législation « a bien, à la vérité, indiqué le code français pour modèle quant au « plan à suivre, à la division des matières et aux détails à fournir sur « chaque sujet, mais tout cela n'est qu'accessoire et ne regarde que « la forme : quant au fond, il est ordonné que le code à faire se « composera exclusivement de nos propres lois. Ce qui est loi en « force doit y être inclus ; ce qui ne l'est pas doit en être exclu et « peut, tout au plus, être proposé à part, comme altération admis- « sible. » (1)

Toutefois, les commissaires reçurent le pouvoir de présenter des amendements à la législation existante. S'inspirant des textes du code Napoléon, les commissaires se mirent à l'œuvre en 1859. Leurs amendements furent d'abord soumis au gouvernement canadien qui fit son choix et ses observations, puis discutés par la législature de la province. Finalement, le projet général fut présenté au Parlement de Québec le 21 juin 1866. Quelques mois plus tard, le code était promulgué en deux langues : français et anglais.

Notons cependant que, tandis que le code civil français de 1804 a abrogé les coutumes générales et locales dans les matières qui y sont traitées, le code de Québec n'a d'autorité comme texte que dans les matières et sur les points où il contient une disposition positive, confirmant ou modifiant l'ancien droit.

En dehors des cas prévus par le code, les lois françaises en force au Canada en 1763 demeurent encore en pleine vigueur. C'est à cette législation qu'il faut remonter pour découvrir si le code en reproduit toutes les dispositions : à côté du code se trouve donc encore cette ancienne législation existant comme texte et ayant une autorité égale à la sienne, quand il n'en reproduit pas ou n'en contredit pas les dispositions, quand il les renferme, et comme développement dans tous les cas (2).

En même temps que le code civil, devait être promulgué un code de procédure civile calqué sur le code de procédure français. Ce code ne donna pas satisfaction et subit tellement d'amendements qu'il dut être revisé par une nouvelle commission et ce n'est que le 1er septembre 1897 que le nouveau code de procédure entra en vigueur.

(1) Lemieux, op. cité, p. 449.

(2) Loranger : « Commentaire », I, cité par Antier, op. cité, p. 54.

8. — IV. Depuis la promulgation du code civil de Québec à nos jours.

Comme conséquence de l'évolution qui s'est produite depuis 1867, le code civil de Québec a subi des modifications inévitables. Le droit civil moderne est en effet placé sous le signe de la révision et cette tendance se manifeste tant au point de vue matériel par la socialisation du droit qu'au point de vue formel par la renaissance du droit judiciaire.

Mais le code de Québec est toujours un recueil coutumier de l'ancienne France. Il reflète aussi le code civil de 1804 avec les transformations qu'il a subies ainsi que quelques institutions du droit civil et du droit commercial anglais. Voyons d'abord les institutions de l'ancien droit qui s'y retrouvent à l'état pur.

PREMIERE PARTIE

L'INFLUENCE DE L'ANCIEN DROIT

On trouve au code civil de Québec quatre institutions dont la réglementation est encore presque celle qui existait en France avant 1789 :

Le Mariage contrat religieux ..... chapitre I

L'Emphytéose ..... chapitre II

Le Douaire ..... chapitre III

Les Substitutions fidéicommissaires ..... chapitre IV

CHAPITRE I

LE MARIAGE CONTRAT RELIGIEUX

9. — Le mariage, comme le définit Mignault, est un contrat solennel par lequel deux personnes de sexe différent se promettent mutuellement la fidélité dans l'amour, la communion dans le bonheur, l'assistance dans l'infortune (1).

L'union qui en résulte a, depuis longtemps, été reconnue par la loi qui lui a fait produire des effets juridiques à cause de son caractère moral et de son importance sociale.

Dans l'ancien droit romain, le mariage fut tout d'abord réglementé en fonction de la « patria potestas » et régi pour sa formation par les règles de « l'usus », de la « conferreatio » et de la « coemptio », puis sous l'Empire devint consensuel, avec pour toute solennité la « deductio uxoris in domum mariti ».

Dès sa naissance, le christianisme essaya de réagir contre l'immoralité qui souvent présidait aux mariages romains. Ce n'est cependant qu'après la chute de l'Empire d'Occident que son autorité commença à s'affirmer. Pourtant, sous les rois barbares, l'Eglise ne put légiférer ni juger les causes matrimoniales, mais les rois mérovingiens et carolingiens édictèrent quelques normes concernant cette institution (Capitulaires de Compiègne 757, de Verberie 758).

Au X[e] siècle, sous l'influence du caractère profondément chrétien de la Société, grâce à l'affaiblissement du pouvoir royal, l'Eglise acquit sans partage la juridiction sur les causes matrimoniales. Théologiens et canonistes se plaisent tout au long du moyen âge à expliquer et à légitimer le monopole des juridictions ecclésiastiques puisque saint Paul avait affirmé le caractère sacramentel du mariage.

« Recte admonet apostolicus dicens sacramentum hoc magnum esse de Christo et Ecclesia » (2).

C'est donc la volonté divine qui préside à l'union des époux lui imprimant son caractère d'indissolubilité :

« Quod Deus conjunxit homo non separet. »

Ainsi, pendant des siècles, le droit canon régit seul le mariage dont ne s'en doit « meller la laie justice », comme l'écrit Beaumanoir (3) au XIII[e] siècle et si l'intervention du pouvoir royal se manifeste à partir du XVI[e] siècle pour réglementer la matière du mariage, c'est soit pour confirmer et rendre applicables les décisions du concile de Trente de 1563 (Ordonnance de Blois de 1579), soit pour légiférer en

(1) Mignault : « Le droit civil canadien », Montréal, 1895, t. I, p. 331.

(2) Esmein : « Le mariage en droit canonique », Paris, 1929, tome I, p. 69, note 1.

(3) Beaumanoir : « Recueil des coutumes de Beauvaisis », paragraphe 313, Edition Salmon, Paris, 1899.

faveur de ceux qui n'appartenaient pas à la religion catholique (Edit du 28 novembre 1787).

A la veille de la révolution de 1789, en France :

La célébration du mariage était uniquement religieuse ;

Elle produisait un lien indissoluble.

Ce sont ces deux caractères que le droit moderne de la province de Québec a conservés.

SECTION I - LA CELEBRATION DU MARIAGE

DANS LA PROVINCE DE QUEBEC

11. — § I - *Le fonctionnaire compétent et les témoins.*

Aux termes de l'article 128 du code de Québec, « le mariage doit « être célébré publiquement devant un fonctionnaire compétent « reconnu par la loi ».

12. — a) Le sens du mot « publiquement ».

Il s'agit d'une disposition issue de l'ancien droit et de la législation canonique du concile de Trente de 1563.

De fort bonne heure, l'Eglise, qui avait érigé le mariage en sacrement, chercha à faire respecter le lien conjugal en entourant sa formation de solennités et de publicité.

Dès 506, le concile d'Agde exigeait une dot et des noces publiques. Pourtant, à la fin du XII' siècle, sous l'influence des théologiens et des canonistes, notamment du moine Gratien et de Pierre Lombard, le pape Alexandre III avait postérieurement, après bien des hésitations, mis au point une construction juridique solide d'après laquelle le mariage se forme par le seul consentement à l'exclusion de toute solennité (1).

Pour réagir contre les nombreux mariages clandestins qui se produisirent alors, le concile de Trente de 1563, reprenant les décisions du concile de Latran de 1215, décida dans le décret Tametsi que :

« A l'avenir, le propre curé des parties contractantes annoncera « trois fois publiquement dans l'église pendant la messe solennelle « trois jours de fête consécutifs les noms de ceux qui doivent contrac- « ter mariage.

. . . . . .

« Ceux qui entreprendront de contracter mariage autrement que « devant le curé ou de quelque autre curé autorisé par l'ordinaire « et devant deux ou trois témoins, ceux-là, le saint concile les rend

---

(1) Cf Thèse Dauvillier : « Le mariage dans le droit classique de l'Eglise », Paris, 1933, et G. Le Bras, article sur le mariage, dictionnaire de théologie catholique. Vacant et Mangenot, Paris, 1926, tome I, p. 2.123 et suivantes.

« inhabiles à contracter mariage et déclare que de tels contrats sont « nuls et invalides comme par le présent décret il les rend nuls et « sans valeur. » (1)

Nous retrouvons ces deux dispositions adaptées à la liberté des cultes dans le code de Québec.

En mentionnant que la célébration d'un mariage doit être publique, remarquons tout d'abord que l'article 128 ne signifie pas que le mariage doive être célébré dans un lieu où le public a accès.

Le mot publiquement s'oppose ici à clandestinement, puisque avant les conciles de Latran et de Trente, le mariage pouvait être « ratum » — c'est-à-dire conclu — par « verba de proesenti », par paroles de présent et cela sans solennités.

La publicité dont parle l'article 128 engendre trois éléments :

1) La publication des bans ou l'obtention d'une dispense de les publier ;

2) La présence de l'officier compétent ;

3) L'assistance des témoins requis.

13. — b) Rôle du ministre du culte et des témoins.

Nous verrons plus loin comment la publication des bans doit être faite.

En ce qui concerne l'officier compétent, il a comme les témoins un rôle actif.

Le rôle du célébrant est de recevoir le consentement des parties après avoir été renseigné par les témoins sur la capacité et l'identité des parties auxquelles il donne la bénédiction nuptiale.

La bénédiction nuptiale, condition de validité du mariage, est bien postérieure au concile de Trente. Elle a été imposée pour réagir contre les mariages de surprise qui se produisirent en France au XVII[e] siècle et qui consistaient pour les fiancés à se rendre à l'église accompagnés de notaires, et si le curé refusait de procéder à la célébration de leur mariage, à se faire donner acte qu'ils s'étaient mariés « proprio proesente parocho in facie ecclesiae » ; c'est pourquoi un édit de 1697 mit fin à ces irrégularités en décidant que la bénédiction du mariage était essentiellement nécessaire à sa validité.

---

(1) Cf Hefelé Leclerc : « Histoire des conciles », t. 10, p. 554, Paris, 1938 : « Ut » in posterum antiquam matrimonium contrahatur ter a proprio contrahentium parocho tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter missarum solemnie publice denuncietur inter quos matrimonium sit contrahendum.

... ...

» Qui aliter quam proesente parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi vel » ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attenta- » bunt, eos, sancta synodus ad sit contrahendus omnino inhabiles reddit et hujus » modi contractus irritos et nullos esse decernit, procet proesenti decreto irritos » facit et annulat. »

La législation du mariage dans la province de Québec étant celle de notre ancien droit, il n'y a pas de doute que le ministre du mariage est beaucoup plus qu'un témoin (1), mais la question se pose de savoir quel est le ministre qui doit recevoir les consentements.

14. — c) Règles de compétence.

C'est l'article 129 du code de Québec qui nous renseigne : « Sont « compétents à célébrer les mariages, tous prêtres, curés, ministres « et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder regis- « tres de l'état civil. »

Cependant, aucun des fonctionnaires ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage, contre lequel il existe quelque empêchement d'après les doctrines et croyances de sa religion et la discipline de l'église à laquelle il appartient.

Il y a lieu de noter tout d'abord que, contrairement au droit moderne français, le droit de la province de Québec n'admet pas de mariages purement civils, il se contente de reconnaître et de sanctionner les mariages religieux. Par contre, la liberté religieuse est pleine et entière comme cela résulte du traité de Paris de 1763 et de l'acte de Québec de 1774.

Donc puisque le code ne reconnaît que le mariage religieux et en accepte les conditions, il résulte que c'est la loi religieuse des parties que les tribunaux sanctionnent dans les contestations qui leur sont soumises.

Ainsi les procès entre catholiques au sujet du mariage sont juges selon les règles de leur religion et les procès entre protestants ou membres d'une autre religion sont jugés suivant leur lois respectives.

Les mariages étant célébrés devant l'Eglise, c'est le ministre de chaque religion, curé, pasteur, rabbin, qui est reconnu par le code comme le fonctionnaire compétent pour célébrer le mariage, acte religieux et acte civil à la fois (2).

Mais l'article 129 soulève une difficulté qui divise un peu la doctrine et beaucoup la jurisprudence canadienne (3).

Il s'agit de savoir si les fonctionnaires autorisés à tenir et garder les registres de l'état civil ont une compétence générale ou limitée. Peuvent-ils ou non célébrer n'importe où le mariage de n'importe qui ?

Dans une première opinion, la compétence de ces fonctionnaires est restreinte et limitée à ceux pour qui ils peuvent tenir et dresser des actes d'état civil : ils ne peuvent donc célébrer le mariage que lorsque l'un ou les deux conjoints appartiennent à leur église. Ces

---

(1) Cf Langelier : Cours de droit civil de la province de Québec, Québec, 1905, t. I, commentaire de l'article 128.

(2) Cf l'article de l'Honorable juge Dorion, Livre souvenir des journées de droit civil de Montréal, Montréal, 1936, p. 113.

(3) Trudel : « Traité de droit civil du Québec », Montréal, 1942, t. I, p. 391.

officiers ne peuvent donc célébrer le mariage quand les deux parties sont d'une paroisse qui leur est étrangère ou quand ils sont d'une religion différente de la leur. C'est l'opinion de Langelier quand il écrit : « Le dernier alinéa de notre article (129) montre bien que « c'est ainsi que le législateur entendait qu'on interprétât son premier « alinéa. En effet, si tous les ministres du culte, de quelque déno- « mination que ce soit, qui ont droit de tenir des registres, pouvaient « marier n'importe qui, on n'aurait que faire de s'occuper des cas « où l'un d'eux refuserait de célébrer un mariage, car il est bien « sûr qu'on n'aurait pas de peine à en trouver un autre qui procéderait « volontiers à cette célébration. Or, le deuxième alinéa de notre arti- « cle prévoit précisément le cas où un ministre du culte ne voudrait « pas célébrer un mariage, et il décide qu'en général le ministre « compétent ne peut pas refuser de le célébrer. Cela montre bien « qu'il ne peut y en avoir qu'un de compétent dans l'esprit du légis- « lateur. » (1)

Donc, deux catholiques ne peuvent se marier que devant le curé de l'un d'eux, deux protestants devant le ministre de l'un d'eux, deux juifs devant le rabbin de l'un d'eux. Ce mariage est valide et parfait Par contre, le mariage de deux catholiques ou d'un catholique et d'un protestant célébré uniquement devant un ministre protestant sera nul, car il y aurait alors clandestinité, empêchement dirimant sanctionné par le droit canonique (2).

Telle est la première interprétation de l'article 129 à laquelle M. Charles Lemesurier, professeur de droit à la Faculté Mc Gill de Montréal apporte un argument lorsqu'il écrivait dans le livre souvenir des journées du droit civil « Prior to the cession the « competent authority was the parish priest ot the party or parties « or their bishop ».

Mais il existe une seconde interprétation de l'article 129, interprétation qui est soutenue par Mignault et Loranger et par la Cour suprême. D'après cette opinion, quiconque est autorisé à tenir et à garder un registre de l'état civil, peut célébrer le mariage de toutes personnes, quelles que soient leur religion et la sienne. La compétence « ratione loci » du ministre du culte n'est pas limitée à celle de son église. On s'appuie pour justifier ce point de vue sur l'article 129, deuxième alinéa également. Si la loi permet au fonctionnaire de refuser de célébrer un mariage que sa loi religieuse réprouve, c'est qu'en général la loi admet qu'on puisse lui demander son ministère en toute circonstance. Bien que la Cour suprême ait soutenu dans la cause Ryan Cunningham cette interprétation large et que le conseil

---

(1) Langelier, op. cité, tome I, p. 263.

(2) Trudel, op. cité, tome I, p. 393. En France, avant 1789, il était de tradition que la bénédiction fût donnée par le curé de l'un ou l'autre conjoint et de préférence par celui de l'épousée. Des hésitations s'étant produites, l'édit de 1697 précisa que c'était le propre curé de ceux qui contractent qui devait intervenir.

privé, en 1921, dans le célèbre arrêt Tremblay c. Despaties 5 AC 718 (1) ait déclaré :

« C'est une conclusion irréfutable résultant des termes de ces « lois du mariage que la compétence donnée aux ministres protes- « tants de célébrer des mariages, était une compétence générale et « ne dépendait jamais en aucune manière des croyances religieu- « ses de l'un ou l'autre des conjoints. La même règle est vraie pour « les prêtres de la religion catholique romaine. Ils n'ont jamais été « sous le coup d'une incompétence légale pour célébrer des mariages « entre des personnes dont l'une ou l'autre n'appartenait pas à leur « foi. »

Mignault fait exception à la règle de compétence générale en ce qui concerne les catholiques (2).

Les décrets du concile de Trente faisant loi dans la province de Québec, ils frappent de nullité l'union de deux catholiques qui ne serait pas célébrée par le curé de l'un d'eux.

Aux termes de l'article 129 que nous venons d'analyser, le ministre du culte auquel on s'adresse pour lui faire célébrer un mariage n'a pas le droit de le célébrer sans s'être assuré que les publications voulues par la loi ont été faites.

15. — § II - *La publication des bans.*

Article 130 : « Les publications ordonnées par les articles 57 et « 58 sont faites par le prêtre, ministre ou autre fonctionnaire dans « l'église à laquelle appartiennent les parties, au service divin du « matin ou, s'il n'y en a pas le matin, à celui du soir, à trois diman- « ches ou jours de fête et dans le cas de personnes appartenant à « la religion juive à trois samedis ou jours de fête avec intervalles « convenables. Si les parties appartiennent à différentes églises, ces « publications ont lieu dans celle de chacun. »

Cet article est également conforme aux dispositions du décret Tametsi cité plus haut et à l'ordonnance de Blois de 1579. Cette ordonnance, convertissant en loi civile la disposition par laquelle le concile de Trente ordonnait que les promesses de mariage fussent lues dans les églises, portait :

« Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des « mariages clandestins, ordonnons que nos sujets de quelque état et « condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage « sans proclamation précédente de bans faite par trois divers jours « de fête avec intervalle compétent dont on ne pourra obtenir dis- « pense sinon après la première publication faite et ce seulement « pour quelque urgente et légitime cause et à la réquisition des plus « proches parents et amis des parties contractantes ; après les- « quels bans, seront épousés publiquement. »

---

(1) Livre souvenir des journées du droit civil de Montréal, op. cité, p. 126.

(2) Mignault, op. cité, tome I, p. 375.

16. — a) Une première question à résoudre est de savoir où doivent être publiés les bans.

A l'église ou paroisse dans le territoire de laquelle chacune des parties est domiciliée, mais il faut que cette partie soit domiciliée dans cette église ou paroisse depuis plus de six mois.

Pour la publication des bans, il y a un dédoublement de domicile quand un des futurs conjoints ne réside pas depuis au moins six mois dans un endroit.

Dans ce cas, en outre de publier les bans à la paroisse où réside actuellement le conjoint, il faut qu'une publication semblable soit aussi faite à l'église de son dernier domicile. Ce dernier domicile, selon Langelier, s'entend du domicile légal, c'est-à-dire celui où, antérieurement, la partie avait l'intention de demeurer.

Pour Mignault et Loranger, il s'agit du dernier domicile matrimonial : c'est donc à l'église dans le territoire de laquelle un futur marié a demeuré durant six mois avant de se fixer où il est actuellement que cette publication supplémentaire sera faite.

17. — b) Quel est le but des bans ?

C'est de renseigner le public en identifiant les futurs conjoints. Préparés d'après les renseignements fournis par les parties, ils devront contenir les prénoms, nom, profession dans le sens général d'occupation, domicile de chacun des futurs époux et de leurs pères et mères respectifs.

18. — c) Le code fixe à trois le nombre de bans à publier. Il faut entre eux un intervalle convenable. En pratique, cet intervalle est fixé à un jour franc. Dans l'ancien droit, on pouvait déroger à cette règle, ainsi Honorius III pour le mariage des bateliers d'Anvers autorisa au XIII[e] siècle que la publication des bans soit réduite à trois jours consécutifs.

C'est le premier pas vers la dispense de ban qui fut instituée par un synode de Rouen de 1235 et que connaît le droit moderne du Canada français. La loi interne fixe l'autorité qui peut l'accorder. Pour les catholiques, c'est l'évêque diocésain ; dans les autres cas, le lieutenant gouverneur ou son délégué.

19. — § III - *Sanctions.*

20. — a) Sanction de l'absence de publicité.

Article 156 : « Tout mariage qui n'a pas été contracté publique-
« ment et qui n'a pas été célébré devant le fonctionnaire compétent
« peut être attaqué par les époux eux-mêmes et par tous ceux qui
« y ont un intérêt né et actuel, sauf au Tribunal à juger d'après
« les circonstances. »

On retrouve dans cet article la sanction édictée par le décret Tametsi qui déclare « ces mariages nuls et sans valeur ».

Rappelons que la publicité étant une résultante qui comprend la publication des bans, la présence de témoins et de l'officier compétent, l'absence d'une de ces conditions d'après Mignault (1) ne peut à elle seule entraîner la nullité absolue du mariage ; c'est pour cela que le tribunal a un pouvoir d'appréciation. Mignault fait néanmoins exception s'il s'agit du mariage d'un catholique, puisque la présence du curé, d'après le droit canon est nécessaire.

21. — b) Sanctions de l'absence de publications des bans.

Article 157 : « Si les publications requises n'ont pas été faites ou « suppléées au moyen de dispense ou licence, ou bien si les intervalles « prescrits ou d'usage pour les publications et la célébration n'ont « pas été observés, le fonctionnaire qui célèbre un mariage dans de « telles circonstances est passible d'une amende qui n'excède pas « cinq cents piastres (dollars) ».

Déjà l'ancien droit après les conciles de Latran de 1215 et de Trente de 1563, édictait des peines contre les prêtres qui contrevenaient aux lois relatives à la célébration du mariage. Ce n'était pas nécessairement une amende. Ainsi le concile de Latran avait prévu la suspense de trois ans contre le prêtre qui ne procéderait pas aux publications. L'amende de 500 dollars est imposée dans le Bas Canada, non seulement pour la célébration d'un mariage sans publication de bans ou dispense, mais encore pour toute autre violation des règles de la célébration du mariage.

Ainsi les conditions de forme du mariage du Code de Québec sont celles de l'Ancienne France. Elles lui donnent son caractère religieux.

Il en est de même pour certaines conditions de fond (2).

En France, au contraire, le mariage est essentiellement laic. Le seul fonctionnaire compétent est, aux termes de l'article 169 du code civil de 1804 « l'officier de l'état civil de la commune où l'un des « époux aura son domicile ou sa résidence ». Quant aux publications, elles sont faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes a son domicile ou sa résidence.

Donc l'ancien droit français gouverne encore la formation du lien matrimonial au Canada français. Il régit aussi les règles de son indissolubilité.

SECTION II. — L'INDISSOLUBILITE DU MARIAGE

22. — De tous temps l'Eglise a réagi contre le divorce. Dès le début, les évangélistes Mathieu, Marc et Luc sont d'accord pour reconnaître que « quiconque » renvoie sa femme et en épouse une autre

---

(1) Mignault : op. cité, t. I, p. 424.

(2) L'âge légal du mariage reste au Bas Canada de 14 ans pour l'homme et de 12 ans pour la femme, article 115. Comme dans l'ancien droit, l'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage, le rend nul, article 117. C'est le tuteur, et non les ascendants, qui donne son consentement au mariage du mineur orphelin, article 122, ceci conformément à l'article 43 de l'ordonnance de Blois de 1579.

commet un adultère ». (1) Il est donc certain que le divorce a toujours été considéré comme absolument contraire à l'enseignement de l'Eglise touchant le mariage.

Pourtant admis par les Romains, le divorce persista longtemps dans la société chrétienne en Orient. Les constitutions de Constantin en 331, de Théodose II en 429, en témoignent, et en Occident, il ressort des recueils de formules comme celles de Marculf par lesquelles nous connaissons le droit en vigueur après les invasions barbares qu'après avoir été prohibé en 553 au concile d'Orléans, il était toléré en 650. Si l'Eglise parut céder à cette époque sur le terrain des faits, c'est qu'elle avait à compter avec les législations qui admettaient le divorce (2). Mais sur le terrain des principes elle n'a jamais cessé d'affirmer son intransigeance tant dans les conciles que dans les pénitentiels et capitulaires carolingiens. Plus tard, au XII[e] siècle, Pierre Lombard et saint Thomas rattacheront définitivement, comme l'avait d'ailleurs fait saint Augustin, l'indissolubilité au sacrement, le sacrement de mariage entraînant l'indissolubilité de l'union conjugale parce qu'il représente l'union du Christ avec l'humanité et avec l'Eglise : cette union la chose figurée étant indissoluble, la première qui en est l'image devant présenter le même caractère.

Quant à la séparation de corps (3), elle n'est pas autre chose que le divorce antique amoindri dans ses effets. Chaque époux ne pouvant plus se remarier du vivant de l'autre, le divorce se réduisait à une simple séparation d'habitation (divortium quoad torum). Cette séparation d'habitation qui ne rendait pas aux époux le droit de se remarier laissait en réalité subsister leur union. Dès le concile d'Agde de 506, on suppose déjà existante la règle suivant laquelle la séparation canonique devait être prononcée devant le tribunal d'Eglise alors que le divorce antique résultait de la seule volonté des époux. Mais ce n'est qu'au XIII[e] siècle que cette règle fut définitivement adoptée et à partir de 1284 date de la codification des décrétales de Grégoire IX, le droit canon connaîtra une séparation judiciaire dont le prononcé sera considéré comme une sanction pénale à l'égard du coupable, qui ne sera permise que dans les cas limités d'adultère, de fornication spirituelle, d'entrée en religion. Un peu plus tard, on étendit les cas de séparation à l'inimitié, excès, sévices, déchéances rendant impossible la cohabitation. C'est la séparation « Quoad Bona » pouvant être prononcée par le juge séculier, bien que Beaumanoir n'ait pas reconnu à ce dernier le pouvoir de séparer ceux qui « ne peuvent manoir ensemble » (4), la connaissance de ces causes appartenant à la Sainte Eglise.

---

(1) Saint Mathieu, XIX, 9. Saint Marc, X, 11, 12. Saint Luc, XVI, 18.

(2) Cf Antoine Bernard, Cours de doctorat 1945-1946 : « Le mariage en droit canonique ». Inédit.

(3) Planiol, Ripert et Boulanger : « Traité élémentaire de droit civil », Paris, 1946, t. I, p. 435.

(4) Beaumanoir : « Recueil des coutumes de Beauvaisis », op. cité n° 1626.

Cette séparation « Quoad Bona » emportait séparation d'habitation mais elle n'empêchait pas que les époux ne se rencontrent et elle avait un caractère parfois temporaire et toujours révocable (1).

A la fin du XVII[e] siècle, les justices royales sont devenues exclusivement compétentes en matière de séparation de corps ; mais si la femme pouvait la demander pour excès, sévices, injures, motif laissé à l'arbitrage du juge, le mari ne pouvait user de cette prérogative qu'en cas d'adultère de sa femme.

Donc, dans notre ancien droit, le divorce n'existait pas et le mari ne pouvait demander la séparation de corps qu'exceptionnellement.

Il y a lieu d'examiner ce qui en a survécu dans le droit moderne de la province de Québec.

23. — § I. — *La prohibition du divorce.*

« Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un « des conjoints. Tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble. »

Ainsi s'exprime l'article 185 du code de Québec, seul texte qui s'occupe de la dissolution du mariage.

Il n'y a pas de loi sur le divorce dans la province de Québec (2). Comme le fait remarquer M. Gérard Trudel : « Nos lois font une « profession de foi catholique en affirmant l'indissolubilité du ma- « riage (3) ». Dans le domaine strictement juridique, cette théorie réédite le droit coutumier français qui, on le sait, était dominé par la loi canonique.

De même que le droit canon admettait et admet toujours l'annulation du mariage, de même le droit de la province de Québec la consacre aujourd'hui. Mais il n'y a aucune ressemblance entre un mariage nul pour cause préexistante — dans ce cas l'annulation constate que le mariage n'a jamais existé — et le mariage dissous pour cause postérieure, la dissolution n'agissant que pour l'avenir.

Il ne faut cependant pas oublier que la province de Québec fait partie de la Fédération de provinces que représente le Canada et il y a lieu de tenir compte de la loi fédérale du divorce dont le Parlement canadien a la seule et exclusive juridiction.

Aux termes de la loi fédérale en question, consignée au chapitre 127 des statuts refondus du Canada de 1927 « Une épouse peut obtenir « un divorce pour cause d'adultère de son mari ».

D'après M. Trudel, ce n'est pas là le cas unique où le divorce puisse être prononcé car la loi fédérale ne fait que compléter la « common law » anglaise qui a toujours reconnu l'adultère de la femme comme cause suffisante de divorce en faveur du mari. Dans ce cas, la procé-

---

(1) Esmein : « Le mariage en droit canonique », Paris, 1935, tome II, p. 112.

(2) Livre souvenir des journées du droit civil, Montréal, 1936, op. cité, p. 134.

(3) Trudel, op. cité, tome I, p. 568.

dure du divorce varie suivant qu'il s'agit de la province de Québec ou d'une autre.

S'il s'agit des autres provinces, cette procédure se déroule devant des tribunaux spéciaux.

S'agissant de la province de Québec, comme ces tribunaux n'existent pas dans cette partie de la Confédération, c'est le Parlement fédéral lui-même qui instruit et juge les demandes en divorce venant de Québec.

Pour qu'un divorce soit obtenu, il faut une loi spéciale à chaque cas.

La procédure se déroule comme suit : (1)

Une requête est d'abord adressée au Parlement qui la transmet devant un comité spécial du Sénat.

Ensuite, le comité en question qui siège comme une cour, après avoir entendu les parties et leurs avocats, recueilli les dépositions de leurs témoins, fait alors des recommandations qui sont ensuite soumises au Sénat puis à la Chambre des Communes et ensuite transmises au gouverneur général pour l'accord du roi.

C'est alors que la loi permettant au requérant de se remarier est promulguée.

La question s'est posée de savoir si ces lois s'appliquaient dans la province de Québec.

Pour les uns la réponse ne fait pas de doute. La loi étant générale et impersonnelle, il n'y a pas à distinguer entre catholiques et non-catholiques, entre la province de Québec et les autres parties de la Confédération — et en fait les tribunaux tiennent compte de cette thèse générale. Mais pour d'autres ces lois de divorce sont invalides dans la province de Québec. S'appuyant sur l'acte de Québec de 1774 qui continue le traité de Paris de 1763, le juriste Loranger soutient que par ce contrat le Parlement impérial s'est engagé à ne pas faire de lois qui priveraient les sujets canadiens de leurs droits civils français ni du libre exercice de la religion catholique. Or le principe du divorce étant contraire à la liberté de conscience et de culte de la majorité catholique des habitants du Canada français, il s'ensuit que la loi fédérale sur le divorce y est inopérante et inconstitutionnelle.

Quant à Mignault (2), s'il reconnaît la valeur de l'argument de Loranger, il se demande si vraiment la loi fédérale du divorce enlève la liberté de conscience et nuit au libre exercice du catholicisme — sauf dans des cas particuliers, par exemple quand un divorce est prononcé contre le conjoint catholique. Les catholiques ne sont pas tenus d'y avoir recours. Mignault suggère que l'on juge les cas particuliers en tenant compte des lois religieuses de chacun. Le membre d'une religion en accepte les lois et règlements tout comme le membre

---

(1) Livre souvenir des journées du droit civil, Montréal 1936, op. cité, p. 153.

(2) Mignault : « Le droit civil canadien », t. I, op. cité, p. 553.

d'une société régulière privée. En contractant mariage, un catholique, sous l'empire de ses lois religieuses fait un contrat indissoluble. Il reconnaît l'impossibilité pour lui de demander un divorce, et c'est pourquoi, d'après Mignault, le Parlement canadien devrait comme les tribunaux de divorce, tenir compte de ce fait pour refuser à un catholique une demande de divorce qu'il ferait ensuite.

Quoi qu'il en soit, soulignons que le divorce est tout à fait exceptionnel dans la province de Québec. Il n'existe pas en effet en droit, et s'il est possible en fait, la complexité et le coût de la procédure le rendent difficile. Par contre, de même que notre ancien droit connaissait le relâchement du lien conjugal, de même le droit de la province de Québec consacre la séparation de corps. Mais cette séparation de corps, tout en ayant gardé certains caractères qu'elle avait dans la coutume de Paris, ressemble par certains côtés à la séparation de corps de notre code civil.

24. — § II. — *La séparation de corps.*

De même que dans l'ancien droit les règles de jurisprudence fixaient seules les causes de séparation qui étaient limitées, de même le code de Québec dans son article 186 :

« La séparation de corps ne peut être demandée que pour cause « déterminée. Elle ne peut être fondée sur le consentement mutuel « des époux. »

C'est la même règle qui est énoncée à l'article 306 du code civil français.

Mais tandis que la reprise d'instance par les héritiers d'une partie à l'action en séparation de corps n'est pas admise en France par la grande majorité des auteurs et des tribunaux, certaines décisions de jurisprudence de la province de Québec, se fondant sur l'article 1463 du code de Québec où les héritiers du mari reçoivent le droit de continuer l'action en déchéance du douaire de la femme adultère ou déserteuse, admettent que les héritiers d'un époux ont le droit de continuer l'instance engagée par leur auteur. Il en était ainsi dans l'ancien droit.

Dans l'ancien droit, nous l'avons vu plus haut, l'adultère du mari n'était pas une cause de séparation de corps en faveur de la femme, sauf s'il y avait concubinage injurieux. Au contraire, la séparation de corps suivait toujours l'adultère de la femme, considéré comme délit pénal. Le code civil de Québec, s'il n'adopte pas les mêmes règles, a néanmoins conservé la distinction entre adultère de la femme et adultère du mari puisqu'il énonce :

Article 187 : « Le mari peut demander la séparation de corps « pour cause d'adultère de sa femme. »

Article 188 : « La femme peut demander la séparation de corps « pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il tient sa concubine dans « la maison commune. »

Notons, en passant, que si cette distinction n'est pas reproduite au code civil de 1804, en fait elle existe toujours en France, car la femme y a moins de facilités que le mari pour faire la preuve de l'adultère. Le moyen habituel de preuve consiste, en effet, dans le constat dressé par le commissaire de police. Or, le commissaire n'est tenu de déférer à la réquisition qui lui est adressée que lorsqu'il y a délit pénal : à ce titre, il ne peut constater l'adultère du mari que lorsqu'il s'est produit au domicile conjugal. Le mari, au contraire, peut requérir son intervention pour constater l'adultère de sa femme, en quelque lieu qu'il se produise.

Mais il y a d'autres causes de séparation.

Aux termes de l'article 189 du code de Québec :

« Les époux peuvent réciproquement demander la séparation de « corps pour excès, sévices et injures graves de l'un envers l'autre ». Cette disposition, que l'on retrouve à l'article 232 du code civil français, vient de l'ancien droit, mais alors les excès, sévices et injures graves étaient des causes de séparation de corps, réservées à la femme, uniquement.

Il semble qu'au Canada, les époux en instance de séparation, aient tendance comme en France, à abuser de la notion d'injure grave, car l'article 190 du code énonce :

« La gravité et suffisance de ces excès, sévices et injures, sont « laissées à l'arbitrage du tribunal qui, en les appréciant, doit avoir « égard à l'état, condition et autres circonstances des époux. »

La discrétion du juge ne peut suivre qu'une règle : la séparation de corps n'est prononcée que si les excès, sévices ou les injures sont graves. Cette gravité se mesure à l'impossibilité où sont les époux de continuer la vie commune.

Si le code de Québec ne parle pas de la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante comme cause de séparation de corps énoncée par l'article 231 de notre code civil, on y trouve par contre une disposition qui n'existe pas en droit français.

C'est l'article 191 ainsi libellé :

« Le refus du mari de recevoir sa femme et de lui fournir les « choses nécessaires à la vie, suivant son état, sa condition et ses « moyens, est une autre cause pour laquelle la femme peut deman- « der la séparation de corps. »

Il s'agit encore d'une disposition de l'ancien droit coutumier français, mais les tribunaux n'y avaient le pouvoir de prononcer la séparation de corps qu'après avoir ordonné au mari de recevoir sa femme et de l'entretenir.

Telles sont les règles de la séparation de corps dans le droit de la province de Québec. « La séparation de corps pour quelque cause « que ce soit, nous dit l'article 206, ne rompt pas le lien du mariage « et ainsi aucun des deux époux ne peut en contracter un nouveau

« du vivant de l'autre. » Cet article est le corollaire de l'article 185 prohibant le divorce.

En France, au contraire, l'article 227 du code civil déclare que le mariage se dissout :

1° Par la mort de l'un des époux ;

2° Par le divorce légalement prononcé.

Mais les catholiques de France doivent se conformer aux préceptes de l'Eglise.

Terminons ce chapitre en nous référant à l'appréciation donnée par l'honorable juge Dorion : « En somme, la loi du mariage dans « la province de Québec, est aussi parfaite qu'il était possible de le « faire pour concilier toutes les croyances. Il n'y a qu'à l'appliquer « suivant sa lettre et son esprit. » (1)

Le mariage contrat religieux est une institution de l'Ancienne France existant encore au Canada français, où l'on retrouve également l'influence de la coutume de Paris dans le droit des personnes en matière de tutelle. D'après l'article 249, en effet, du code canadien, toutes les tutelles sont datives, le rôle du conseil de famille étant seulement de donner des avis. (2)

En dehors de cette exception, tout ce qui concerne le droit de la famille, filiation (adoption mise à part, cette institution dérivant d'une loi statutaire de 1924) et protection des incapables, est en général inspiré du code Napoléon. (3)

Par contre l'influence de l'ancien droit français se retrouve aussi dans le domaine des biens. Nous allons le montrer pour l'emphytéose.

---

(1) Livre souvenir des journées du droit civil, Montréal, 1936, op. cité, p. 134.

(2) Arminjon, Nolde, Wolff: « Traité de droit comparé », t. I, p. 284, Paris, 1950.

(3) Walton : « The scope and interpretation of civil code of Lower Canada », Montréal, 1907, p. 135, 138.

CHAPITRE II

L'EMPHYTEOSE

25. — L'emphytéose est la principale institution du droit des biens proprement dits de la province de Québec qui n'est pas inspirée du code Napoléon.

Nous ne faisons en effet que mentionner la transcription des droits réels immobiliers (1) organisée suivant une loi particulière du Canada français et basée sur le système du cadastre. Elle fait l'objet d'un titre spécial du code de Québec (articles 2082 à 2183).

Nous mettons également à part la règle de l'article 2268 du code canadien concernant la revendication mobilière. Tirée d'une formule de Pothier, elle énonce que la possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait seulement « présumer » le juste titre et que « la prescription des meubles corporels a lieu par trois ans, « à compter de la dépossession en faveur du possesseur de bonne « foi, même si cette dépossession a eu lieu par vol. » Bien que cette disposition soit en opposition avec la règle de l'article 2279 du code Napoléon interprétée par Bourjon : « En fait de meubles, possession « vaut titre », ce qui signifie que celui qui acquiert de bonne foi la possession d'une chose mobilière en devient de suite propriétaire en vertu d'une prescription instantanée. Il y a une certaine corrélation entre les deux droits puisque aux termes de l'article 2268 du code de Québec « la prescription n'est cependant pas nécessaire pour empê- « cher la revendication si la chose a été achetée de bonne foi, dans « une foire, marché, ou à une vente publique ou d'un commerçant « trafiquant de semblables matières sauf exception du paragraphe « qui suit :

« Néanmoins la chose perdue ou volée peut être revendiquée tant « que la prescription n'est pas acquise quoiqu'elle ait été achetée « de bonne foi dans le cas du paragraphe qui précède ; mais dans ces « cas la revendication ne peut avoir lieu qu'en remboursant à l'ache- « teur le prix qu'il a payé. »

Par contre, l'emphytéose a conservé au code de Québec un certain nombre de caractères tirés de notre ancien droit et qui n'existent plus en France.

C'est un contrat très ancien mentionné au Digeste de Justinien en ces termes : « Sed et qui vectigalem id est emphyteuticum agrum « possidet, possessor intelligitur. » (2)

---

(1) A Québec, l'hypothèque légale de la femme, du mineur, de l'interdit doit être obligatoirement enregistrée. En dehors de l'absence de la purge hypothécaire dans le droit du Canada français, il n'y a guère de différences à signaler dans les deux systèmes juridiques concernant les sûretés réelles.

(2) Digeste II, 8, fr. 15, 1°

A la fin de l'Empire romain, les propriétaires de latifundia pour remédier au manque de main-d'œuvre, mettre en valeur leurs terres incultes et ainsi échapper au paiement de l'impôt foncier, utilisaient une location à très long terme, souvent perpétuelle, dans laquelle le preneur moyennant le paiement d'une rente minime appelée canon acquérait un droit réel sur le fonds qu'il s'engageait à améliorer, le vendeur en conservant la propriété.

Si ce contrat très usité au IV[e] siècle s'était singulièrement raréfié en Gaule à l'époque carolingienne, le cartulaire de saint Victor à Marseille nous apprend qu'au IX[e] siècle, on le trouvait dans les villes provençales dont la situation surtout après l'apparition du « bail a acapte » (1) lors du morcellement des grands domaines et la multiplication des concessions à partir du X[e] siècle, était voisine de celle des emphytéoses. Au XIII[e] siècle, sous l'influence de la renaissance du droit de Justinien, on voit reparaître dans les contrats particuliers le mot d'origine grecque « emphyteusis » ; mais ce mot désignait-il bien le bail que les Romains avaient pratiqué ?

En réalité ce terme était pris par les uns et les autres dans des sens très différents (2). « Verbum emphyteusis est aequivocum », dira plus tard Dumoulin.

Tantôt, dans un sens vague, il désignait toute location perpétuelle soit à prix d'argent comme le bail à cens, soit même à charge de services nobles comme le fief ; tantôt il s'appliquait à la véritable emphytéose romaine dénaturée par l'influence du droit féodal.

Cette influence avait fini par faire rapprocher l'emphytéose perpétuelle du bail à cens, en fait elle s'en rapprochait si bien que les auteurs coutumiers finirent par les confondre.

Il y avait entre les deux tenures beaucoup de ressemblances. En effet, de même que le censitaire payait un cens, pouvait déguerpir, et s'il vendait sa tenure, devait le droit de lods et ventes à son seigneur qui en outre pouvait pratiquer le retrait censuel admis par certaines coutumes, de même l'emphytéote versait au bailleur un canon, avait la facilité de déguerpissement et en cas de vente payait le laudemium au bailleur qui pouvait exercer le droit de prélation. Seules, la commise ou droit de retour du seigneur qui n'existait plus dans le bail à cens, et l'obligation de planter, permettaient de reconnaître l'emphytéose (3) au XIII[e] siècle. D'ailleurs, ce n'était guère que le propriétaire d'un alleu, très répandus dans les villes qui pouvait faire un contrat d'emphytéose perpétuelle. En effet, le seigneur ne pouvait bailler son fief en emphytéose sans commettre un « abré- « gement de fief », il ne pouvait le bailler qu'à cens ou à rente « lods « et ventes portant ». D'autre part, à cause de la règle « Cens sur

---

(1) José Pinatel : « L'emphytéose dans l'ancien droit provençal ». Thèse Aix, 1938. page 201.

(2) Chenon : « Histoire générale du droit public et privé », Paris, 1926, tome II, page 191.

(3) Cf Chenon : « Histoire générale du droit public et privé », Paris, 1926, tome II, p. 192.

« cens ne vaut », l'emphytéose consentie par un censitaire revêtait la forme de bail à rente — contrat par lequel le propriétaire d'un fonds en transférait à titre définitif la propriété, moyennant la prestation annuelle d'une rente grevant le fonds transmis.

A partir du XV[e] siècle, l'éparpillement du domaine direct ayant commencé, les divers droits qui le composaient furent vendus, droit de percevoir le canon, d'exercer la prélation ou de recevoir le lau-demium. Après ce dispersement sur plusieurs têtes, on peut dire qu'au XVI[e] siècle le preneur à emphytéose est qualifié seul propriétaire.

A la fin du XVII[e] siècle on l'autorisa même à prescrire la directe ou domaine éminent à l'insu du seigneur foncier, si bien que le domaine direct devint une servitude du domaine utile représentant de plus en plus la vraie propriété.

La loi du 18-29 décembre 1790 ordonna le rachat des rentes perpétuelles, la nuit du 4 août 1789 ayant aboli tous les privilèges.

Malgré le silence du code civil de 1804 et l'avis contraire de certains auteurs comme Demolombe, pendant tout le XIX[e] siècle la jurisprudence française ne cessa d'affirmer que l'emphytéose temporaire devait être maintenue dans « l'intérêt général de l'agriculture et de l'industrie ». C'est pourquoi le législateur français par une loi du 25 juin 1902 a rétabli officiellement l'emphytéose. Mais le contrat en vigueur actuellement au Canada français ressemble beaucoup plus à celui de notre ancien droit qu'à celui que nous connaissons actuellement.

SECTION I. — LES ELEMENTS DE L'EMPHYTEOSE

26. — L'article 567 du code de Québec définit « l'emphytéose ou « bail emphytéotique, un contrat par lequel le propriétaire d'un im-« meuble le cède pour un temps à un autre, à la charge par le preneur « d'y faire des améliorations, de payer au bailleur une redevance « annuelle, et moyennant les autres charges dont on peut convenir ».

Cet article paraît confondre l'emphytéose et un de ses moyens de réalisation, le bail emphytéotique, car on peut créer aussi l'emphytéose par testament (1). Il résulte cependant de cette définition que quatre éléments sont essentiels pour que l'emphytéose existe :

Une aliénation, pour une durée limitée, avec obligation d'améliorer, moyennant une redevance modique.

27 — § I. — *L'aliénation.*

Au moyen âge lorsqu'un bailleur concédait sa terre en emphytéose, il abandonnait à son acquéreur tous les droits du propriétaire « Cedo vobis omnes actiones et petitiones reales, personales et mixtas et omnia omnino jura mihi competentia », nous dit le cartulaire de

(1) Cf Langelier, op. cité, tome II, p. 315.

saint Victor (1). Le bailleur ne se réservait que la jouissance de certains profits ou certaines prestations dont l'ensemble constituait son domaine direct. Dans le cas de bail à rente plus usité dans les pays de coutume que l'emphytéose, le bailleur aliénait complètement son fonds et non pas seulement le domaine utile (2). Guyot, dont le répertoire de jurisprudence publié en 1784 nous donne le dernier état de notre ancien droit, écrit : « Le bail emphytéotique est une aliénation de la propriété utile au profit du preneur pendant tout le temps que doit durer le bail, la propriété directe demeurant réservée au bailleur » (3).

Dans le droit moderne de la province de Québec « l'emphytéose « emporte aliénation ; tant qu'elle dure, le preneur jouit de tous les « droits, a la qualité de propriétaire. Il n'y a que celui qui a la libre « disposition de ces biens qui puisse la constituer ». Ainsi s'exprime l'article 569 du code de Québec.

S'il n'y a pas de doute sur le fait que l'emphytéote acquiert un droit réel immobilier comme nous l'indique l'article 567, la question qui se pose est de savoir quelle est la nature de ce droit réel qui lui appartient.

Il y a des droits réels qui impliquent un véritable partage de la propriété, tel est le droit de superficie, ou le droit d'un propriétaire sur la chose d'autrui (article 553 du code civil français). Il y a d'autres droits réels qui n'impliquent qu'un droit de jouissance, comme dans l'ancien droit romain.

Autrement dit, l'emphytéose canadienne fait-elle acquérir le domaine utile du régime féodal à l'emphytéose ou seulement le droit réel de jouissance, démembrement de la propriété du droit romain ?

Dans le premier cas, le preneur a l'exercice des actions réelles contre les tiers et même contre le cédant ; il peut vendre, hypothéquer, changer la forme du fonds, abattre les bois de haute futaie, réclamer à l'expiration du contrat la valeur de ces améliorations. S'il n'a qu'un droit réel de jouissance, il n'aura pas la revendication, il pourra vendre et hypothéquer son droit mais non le fonds emphytéotique, il ne pourra abattre les arbres de haute futaie ni effectuer de transformation.

Il semble qu'il faille écarter cette deuxième hypothèse. « Chez « nous, l'emphytéose ne confère plus au preneur qu'un droit de jouis- « sance sur la chose d'autrui », écrivait M. Antier (4), en 1923. « Le « code de Québec stipule au contraire que l'emphytéose emporte aliéné nation (article 569). Au cours de sa durée, le preneur jouit de tous

---

(1) Cf Pinatel, op. cité, p. 46.

(2) Cf Chenon, tome II, op. cité, p. 194.

(3) Cf Guyot : « Répertoire de jurisprudence », Paris, 1784, tome VI: Emphytéose.

(4) Cf Thèse Antier : « La survivance de la deuxième coutume de Paris. Le droit civil du Bas Canada, Paris, 1923, p. 67.
Voir aussi Planiol. Ripert et Boulanger : « Traité élémentaire de droit civil », Paris, 1946, tome I, p. 1.233.

« les droits attachés à la qualité de propriétaire. Là encore, le code « a suivi l'ancien droit qui d'ailleurs avait prévalu en France dans « la doctrine et la jurisprudence jusqu'à la loi de 1902. »

C'est l'idée qu'expriment MM. Montpetit et Taillefer citant Mignault, quand ils écrivent : « Le preneur jouit de tous les droits « attachés à la qualité du propriétaire mais à la condition de ren- « dre l'immeuble amélioré à l'expiration du bail. Il n'est pas pro- « priétaire à titre absolu, mais seulement à titre précaire. Dans « l'ancien droit, on exprimait cet aspect de précarité en disant que « l'emphytéote n'avait qu'un domaine utile ou un quasi domaine et « que l'emphytéose comportait une aliénation temporaire de la pro- « priété (1). »

Dans le droit de la province de Québec, l'emphytéote est donc bien propriétaire puisque, d'après l'article 570, il peut aliéner, transporter et hypothéquer l'immeuble baillé ; il peut d'autre part exercer l'action possessoire (article 572) et bien que, d'après Langelier, il peut intenter l'action en revendication (2), MM. Montpetit et Taillefer ne sont pas de cet avis (3).

Mais si le droit de l'emphytéote est un droit de propriété, c'est un droit de propriété limité. En effet, l'emphytéote n'a pas le droit de détruire l'immeuble et il n'a la qualité de propriétaire que pour la durée du bail.

28. — § II. — *Durée.*

Dans notre ancien droit, l'emphytéose pouvait être perpétuelle ou temporaire. Aux termes de l'article 568 du code de Québec, « la « durée de l'emphytéose ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans « et doit être pour plus de neuf ans ».

Cet élément de durée est d'ordre public. Ne sera donc pas considéré comme bail emphytéotique le bail fait pour neuf ans ou moins. De même, après quatre-vingt-dix-neuf ans révolus, le bail cesse de plein droit. L'emphytéote ne peut rester en possession en alléguant absence ou mise en demeure en tacite reconduction.

Pendant la durée du bail, le preneur doit améliorer le fonds, c'est là un des caractères essentiels de l'emphytéose dans le droit du Canada français.

29. — § III. — *Obligation d'améliorer.*

Sous l'ancien régime, on trouvait fréquemment une clause d'amélioration dans les contrats d'emphytéose passés en droit écrit. M. José Pinatel nous cite un texte tiré des archives des Bouches-du-Rhône.

---

(1) André Montpetit, Gaston Taillefer : « Traité de droit civil du Québec », Montréal, 1945, tome III, p. 511.

(2) Langelier, op. cité. p. 316, tome II.

(3) Montpetit et Taillefer, op. cité, tome III, p. 519.

dans lequel le nouvel emphytéote d'une mine de plâtre promettait le 9 mai 1551 :

« La dicte suelhe meliorer non deteriorer » (1).

Dans le droit moderne de la province de Québec, l'emphytéose a pour objet l'amélioration de la valeur des terres.

Un bail ne comportant pas cette obligation d'améliorer est un bail ordinaire et non un bail emphytéotique, mais l'emphytéote est tenu non seulement des améliorations mais aussi des réparations comme l'indique l'article 577. Qu'elles soient petites ou grosses, le législateur les met toutes à la charge de l'emphytéote. Par contre, la redevance que ce dernier acquittera sera minime.

30. — § IV. — *La redevance.*

Dans l'ancien droit, l'emphytéote payait au bailleur un canon emphytéotique dû par le fonds lui-même, indivisible, irrachetable. Due par le fonds lui-même, la rente devait être acquittée par tout détenteur du fonds.

Indivisible, elle portait comme l'hypothèque sur tout l'immeuble et chaque partie.

Irrachetable, la rente foncière grevait à perpétuité l'héritage aliéné.

Dans le droit de la province de Québec, l'article 575 nous dit que :

« Cette rente est payable en entier sans que le preneur puisse « en réclamer la remise ou la diminution, soit à cause de la stérilité « ou des accidents de force majeure qui auraient détruit la récolte « ou empêché la jouissance, ni même pour perte partielle du fonds. »

Si elle n'est plus perpétuelle, la rente est toujours indivisible et due pour le fonds lui-même en reconnaissance du domaine direct du bailleur sur la chose louée, indépendamment de la jouissance du preneur et des fruits que la chose peut rapporter (2).

Comme le font remarquer MM. Montpetit et Taillefer : « D'ha- « bitude, elle sera très modique, étant donné que le bailleur gardera « sans indemnité à la fin du bail les améliorations que le preneur « s'est engagé à apporter au fonds (3). »

D'autre part, aux termes de l'article 576, l'emphytéote doit acquitter tous les droits réels et fonciers dont l'héritage est grevé, c'est-à-dire les taxes et contributions.

Donc, actuellement, l'emphytéose emporte aliénation du fonds moyennant un canon modique comme dans l'ancien droit, mais au lieu d'être temporaire ou perpétuelle elle ne peut être temporaire et comporte l'obligation d'améliorer.

---

(1) Cf Pinatel, op. cité, p. 38.

(2) Langelier, op. cité, page 320, tome II.

(3) Montpetit et Taillefer, op. cité, tome III, page 502.

En France, le bail emphytéotique prévu par la loi de 1902 ne confère plus à l'emphytéote selon Planiol qu'un droit de jouissance sur la chose d'autrui.

Beudant écrivait que le « bail emphytéotique » est un bail à long terme portant sur un immeuble et ayant effet de transférer au preneur un droit plus étendu, plus complet que celui qui résulte d'un louage originaire.

Il ne comporte pas l'obligation d'améliorer et doit être temporaire ; par contre, la redevance peut être minime.

Mais c'est surtout en ce qui concerne la sanction des droits du preneur et du bailleur que l'on retrouve l'ancien droit.

31. — SECTION II - LA SANCTION DES OBLIGATIONS DU PRENEUR A EMPHYTEOSE

32. — § I. — *Déguerpissement.*

Le preneur à emphytéose a dans le droit de la province de Québec la possibilité de déguerpir (1), mot qui se retrouve aux articles 573, 579, 580 du code. Mais pour bien préciser le sens de ce mot qui n'existe pas au code Napoléon, il convient de se rappeler que dans notre ancien droit l'acquéreur d'un fonds censitaire débirentier ou emphytéote ne s'obligeait que « propter rem » tant que durait sa possession ; c'est pourquoi un texte de Beaumanoir (2), au XIII[e] siècle, nous indique « qu'il pouvait toujours laisser le gazon », le mot déguerpissement n'était pas encore usité. Comme d'autre part le propriétaire d'un immeuble tenu à rente foncière pouvait s'en servir comme instrument de crédit en vendant, donnant ou léguant à d'autres personnes le droit de percevoir une rente sur cet héritage, opération appelée constitution de rente, il en résultait au XIV[e] siècle et surtout au XV[e] siècle une situation très complexe dont M. Olivier Martin (3) donne le schéma pour se représenter la situation de la plupart des maisons à Paris.

« Un terrain situé à Paris dans la censive du chapitre Notre-
« Dame a été concédé à un bourgeois, moyennant quelques deniers de
« chef cens ; le bourgeois y a construit une maison, puis a vendu
« sur cette maison dix sous de croix de cens ; en mourant, il a légué
« à l'Hôtel-Dieu une aumône de cinq sous de cens. Ses héritiers éprou-
« vant quelque difficulté à partager cette maison en nature l'ont

---

(1) Georges Hubrecht : « La condition des personnes et des terres sous l'ancien régime », Cours de doctorat 1945-1946, inédit.

(2) Beaumanoir : « Coutume de Beauvaisis », éd. Salmon, no 694 : « Quiconque » veut lessier ce qu'il tient à cens ou à rente à aucun seigneur, il le doit aquitier » dusques au jour qu'il le lesse et dire au seigneur de qu'il en tient : « Sire, j'ai » tenu tel éritage de vous à tel cens, ou à tel rente. Ves ci la rente de ceste » année et s'il i a arrierages il les doit paier aussi — et des ores mes je ne le vueil » plus tenir, ains vous laisse le gazon ». Et tant comme il se test de dire qu'il li » lesse il li doit. »

(3) Olivier Martin : « Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris », Paris, 1922, p. 458, tome I.

« baillée à un artisan à rente moyennant vingt livres de cens. Cet « artisan devenu propriétaire améliore à son tour la maison ou béné- « ficie tout simplement d'une hausse générale des loyers et sans la « surcharger il vend encore dix sous de cens. » (1)

Le propriétaire pouvait s'affranchir de toute obligation en « quittant ». Suivant M. Olivier Martin, il semble qu'au début le déguerpissement s'est fait sans aucune forme et a été permis sans réserve. Mais au XIV[e] siècle, le propriétaire qui veut déguerpir doit assigner en justice tous les censiers et leur remettre les arré- rages échus, plus le prochain terme dû au moins patiellement (2). Il en était ainsi aux XVI[e] et XVII[e] siècles. De même pour l'emphy- téote en Provence, le preneur pouvait par le déguerpissement se libérer des charges qui lui étaient imposées. « En déguerpissant, « nous dit M. Pinatel, l'emphytéote n'était tenu que pour le futur, « il demeurait tenu pour le passé de toutes ses dettes envers le sei- « gneur relativement à la terre qu'il abandonnait cens lods et il « devait également indemniser le seigneur des dommages qu'il avait « pu commettre « ex proprio facto dolo » à l'exception cependant « de ceux provenant d'un cas fortuit. » (3)

Bien que le système féodal ait été aboli au Canada au milieu du siècle dernier avec les redevances qu'il entraînait, l'emphytéote peut toujours abandonner sa terre en « déguerpissant ». C'est ce que nous dit le code de Québec, à l'article 573.

« Le bailleur est tenu de garantir le preneur et de le faire jouir « de l'immeuble baillé pendant tout le temps légalement convenu.

« Il est également obligé de reprendre cet immeuble et de dé- « charger l'emphytéote de la rente ou redevance stipulée, au cas où « ce dernier veut « déguerpir », à moins qu'il n'y ait convention au « contraire. »

Même si le bail emphytéotique ne contient aucune convention à ce sujet le preneur qui ne peut plus supporter les charges pesant sur son immeuble a la facilité de délaisser l'immeuble en question. Le bailleur ne peut que s'incliner et doit décharger l'emphytéote de la redevance convenue. Mais comme le dit l'article 581, avant de déguerpir l'emphytéote doit remettre l'immeuble en bon état « ainsi « que les constructions qu'il s'était obligé de faire, mais il n'est pas « tenu de réparer les bâtiments qu'il a fait ériger sans y être obligé ». D'autre part, il doit verser les rentes échues qui ont été prévues au bail. Cependant, en ce qui concerne les améliorations, Mignault (4) prévoit que si elles sont échelonnées, dans le futur le preneur

---

(1) On ne peut s'empêcher de faire un rapprochement entre cette situation de la plupart des immeubles parisiens à la fin de la guerre de Cent Ans, situation à laquelle les Anglais, maitres de Paris, puis Charles VII, essayèrent de porter remède et ce qui se passe en 1950 pour les locaux d'habitation.

(2) Olivier Martin, op. cité, p. 497.

(3) Pinatel, op. cité, p. 137.

(4) Mignault, op. cité, tome III, p. 223.

pourra déguerpir s'il a exécuté les améliorations qui devaient être faites au jour du déguerpissement.

La doctrine canadienne discute pour savoir si le preneur est toujours admis à déguerpir même s'il n'a pas rempli ses obligations pour le passé. C'est l'opinion de Langelier. Le preneur est toujours admis à déguerpir même s'il n'a pas rempli ses obligations pour le passé et il reste débiteur des obligations encourues. Pourtant, d'après MM. Montpetit et Taillefer (1), le texte de l'article 580 du code de Québec ainsi libellé : « L'emphytéote n'est admis à user du déguer- « pissement qu'en autant qu'il a satisfait pour le passé à toutes les « obligations qui résultent du bail, et notamment qu'il ait payé ou « offert tous les arrérages de la redevance et fait les améliorations « cenvenues » laisse entendre que le droit de déguerpissement du preneur est conditionnel et que l'exercice en reste suspendu jusqu'à la réalisation de la condition.

Quoi qu'il en soit, notons que les codificateurs du code de Québec ont inscrit dans leur rapport que « le déguerpissement a été de tout « temps reconnu comme un remède ouvert en faveur du détenteur « d'un immeuble chargé d'une rente ou redevance foncière afin de « s'en libérer pour l'avenir ».

Mais il peut arriver que l'emphytéote ne déguerpisse pas et ne paie pas la rente. Quels sont alors les moyens de défense du bailleur ?

3. — § II. — *Déchéance.*

L'article 574 nous dit : « De son côté, le preneur est tenu de « payer annuellement la rente emphytéotique : s'il laisse passer trois « années sans le faire, il peut être déclaré en justice déchu de l'im- « meuble quand même il n'y aurait pas de stipulation à ce sujet ».

Remarquons tout d'abord que l'article nous parle d'une durée de trois années.

Ce délai était en droit romain celui après lequel le fonds était confisqué au profit du bailleur à emphytéose pour cens non payé. D'autre part, c'était également après trois années de cens non payé que la commise pouvait être pratiquée au XIII[e] siècle. Enfin, Guyot (2) nous dit qu'en 1784 « les lois décident que faute par l'emphy- « téote de payer le canon ou redevance pendant trois ans, il peut « être évincé par le bailleur, mais il faut qu'au préalable celui-ci ait « constitué l'autre en demeure et qu'il ait fait prononcer la commise « comme l'observe Boutaric dans son traité des droits seigneuriaux ». Notons en passant que la commise a toujours été possible pour le bail à emphytéose.

Donc, en droit du Canada français, si le preneur ne paie pas en rente pendant trois années, le contrat doit être résolu en justice, mais le bailleur n'a pas à mettre le preneur en demeure. Comme

---

(1) Montpetit et Taillefer, op. cité, p. 536, tome III.

(2) Guyot, op. cité. Répertoire de jurisprudence, tome VI : Emphytéose.

le souligne Langelier (1), cet article fait double emploi avec l'article 1065 (équivalent de notre article 1184 « pacte commissoire tacite ») qui permettrait aussi au bailleur d'obtenir la résolution du contrat pour non-paiement de la rente.

Notons également que la déchéance encourue n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent fixer un délai moindre que trois ans. D'autre part, le bailleur emphytéotique n'a aucun privilège pour obtenir le paiement de la rente, il ne peut pas recourir à la saisie gagerie. Enfin, de même que pendant tout l'ancien droit, tous les risques étaient pour les censiers, de même pour le bail emphytéotique en cas de perte totale, le preneur est automatiquement libéré de son obligation de payer la rente.

Néanmoins, au cas de perte partielle, il ne peut aux termes de l'article 575 en réclamer la remise. Il existe cependant un autre cas où le contrat peut être résolu : « Si le preneur commet des « détériorations qui diminuent notablement la valeur de l'immeuble » mais comme le spécifie bien l'article 578, la détérioration doit être notable.

En France, aux termes de l'article 6 de la loi du 25 juin 1902 rétablissant l'emphytéose : « Le preneur ne peut se libérer de la « redevance ni se soustraire à l'exécution des conditions du bail « emphytéotique en délaissant le fonds ». Le déguerpissement n'est donc pas permis au preneur sauf si cela a été convenu au contrat.

D'autre part, aux termes de l'article 5 de la même loi :

« A défaut du paiement de deux années consécutives le bailleur « est autorisé après une sommation restée sans effet à faire pro- « noncer en justice la résolution de l'emphytéose. » Donc, en France, la mise en demeure précède la déchéance judiciaire. De plus, en l'absence de stipulation contraire, la résolution peut être prononcée au bout de deux ans.

Bien qu'elle ressemble beaucoup à l'emphytéose de l'ancien droit, l'emphytéose canadienne a néanmoins subi des altérations. Par contre, le douaire qui concerne également le droit des biens, mais dans les rapports de ce droit avec celui de la famille, se retrouve à peu près intact.

---

(1) Langelier, op. cité, p. 320, tome II.

CHAPITRE III

LE DOUAIRE

34. — Le titre quatrième du livre troisième du code civil de la province de Québec intitulé « Des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les biens des époux » ne contient que des différences peu importantes dans ses deux premiers chapitres avec le titre qui y correspond dans le code civil de 1804.

Le fonctionnement des régimes matrimoniaux dans les deux droits est à peu près le même, sauf que la renonciation à une succession non-ouverte, la donation de biens futurs, l'institution contractuelle et toutes autres dispositions à cause de mort sont permises à Québec (article 1257), sauf aussi que toutes les donations et legs d'immeubles autres que les donations et legs faits par les ascendants entrent dans l'actif de la communauté (article 1276).

Par contre, le chapitre III du code Napoléon consacré au régime dotal qui n'était en usage en France que dans les pays de droit écrit ne se retrouve pas dans le code civil canadien.

Inspiré de la coutume de Paris qu'il reproduit fidèlement, excepté en ce qui concerne les lois d'enregistrement (1), ce chapitre est consacré au douaire, institution disparue aujourd'hui en France.

On entend par douaire un gain de survie appartenant à la femme sur le patrimoine propre de son mari mort avant elle et qui consistait en un droit de jouissance viagère d'une fraction de ce patrimoine propre.

Le douaire n'était pas le seul gain de survie accordé aux veuves par notre ancien droit coutumier. A peu près partout elles avaient droit à un deuil plus ou moins important qu'elles pouvaient prendre même en renonçant à la communauté. D'assez nombreuses coutumes leur donnaient en outre un droit d'habitation mais ces avantages faits aux veuves étaient loin d'égaler le douaire en importance et en intérêt (2).

Bien que l'on trouve en droit romain des institutions dont le but était d'assurer à la veuve des avantages sur les biens de son mari prédécédé : quarte du conjoint pauvre, « bonorum possessio unde vir et uxor », « donatio propter nuptias », « augmentum dotis », il semble que l'origine du douaire remonte à la période franque.

A cette époque, les donations que faisait le mari à sa femme au début du mariage, dot : « dos ex marito », ainsi que le morgenhabe, menus cadeaux du lendemain de mariage, transféraient sans réserve la propriété à la donataire.

---

(1) Livre souvenir des journées du Droit civil français, Montréal, 1936. Article de M. le juge Fabre Surveyer, page 363.

(2) Petot : Répétitions écrites d'histoire du droit privé, doctorat 1941-42 : « Les propres dans l'ancien droit français », Edition : « Les cours de droit », p. 127.

Etant donné que cependant ces donations comprenaient fréquemment des immeubles parfois advenus au mari par succession ou donation de ses parents et que la propriété en était acquise à la femme, pour éviter qu'ils ne passent dans des mains étrangères, les praticiens de la fin de l'époque carolingienne s'efforcèrent d'éviter ce résultat au moyen de clauses inscrites dans les « dotalicia », sorte de contrats de mariage de l'époque.

Le système qui l'emporta consistait à n'accorder à la femme qu'un droit de jouissance viagère qu'elle exercerait sur les biens donnés, après la mort du mari.

Les mêmes praticiens avaient d'ailleurs imaginé de faire porter les donations en usufruit non seulement sur les biens du mari mais aussi sur les acquêts futurs afin de remplacer la « tertia », avantage légal tombé en désuétude et qui permettait aux femmes, après le décès de leur mari, de bénéficier du tiers des acquêts réalisés au cours du mariage.

Par cette combinaison, on obtint une sorte de douaire mixte sur les propres et les acquêts, mais le douaire sur les acquêts ayant disparu il ne restait plus en usage, au début du XIII[e] siècle, qu'un douaire conventionnel sur les propres du mari (1).

A défaut d'un douaire conventionnel, la veuve avait droit à un douaire coutumier sur les propres de son défunt mari. Sa quotité était de moitié dans la plupart des régions coutumières.

Il est douteux que cette seconde variété de douaire ait été créée comme l'affirme Beaumanoir (2) par Philippe-Auguste. Suivant M. Petot (3) il est plus vraisemblable que l'ordonnance de 1214 a seulement réglé la procédure offerte à la veuve pour obtenir la saisine de son douaire coutumier. En tout cas, le douaire coutumier, de quelque façon qu'il ait été créé, n'était-il qu'une consécration de pratiques anciennes, car bien souvent dans le « dotalicium », le mari s'était jadis borné à constituer en dot à sa femme ou en douaire, le tiers ou la moitié de ses propres.

Destiné au moyen âge à secourir les veuves « qui demeurent « esbahies et desconfortées » par la mort de leur mari (4), le douaire était le gain de survie le plus répandu dans la France coutumière (5).

Tandis que dans les pays de droit écrit existait à cette époque la quarte du conjoint pauvre, en pays de coutume le conjoint survivant n'avait pas reçu d'avantage correspondant.

Aussitôt que la femme était sortie de la maison paternelle, elle n'avait plus rien à prétendre, il était donc juste qu'en cas de viduité elle eût de quoi subsister.

---

(1) Petot, op. cité, p. 128.

(2) Beaumanoir : « Recueil des coutumes de Beauvaisis », op. cité paragr. 445.

(3) Petot : La formation historique du régime de communauté entre époux, cours de doctorat, Paris, 1942-1943, p. 108.

(4) Beaumanoir, op. cité, paragr. 429.

(5) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 266.

Le douaire permettait donc à la veuve de vivre honorablement selon la condition de son mari. Ce qu'il laissait faisait sa dot ou son douaire car femme douée ou femme dotée présentait la même idée (1), mais comme il n'était pas naturel, quand il y avait des enfants, que ce que le mari accordait à sa femme fût perdu pour eux, par une extension de l'ancien usage, il fut réglé que la propriété de la dot ou du douaire de la mère qui n'en avait que l'usufruit leur demeurerait réservée après sa mort. C'est de là qu'est venu le douaire des enfants dont l'existence est attestée à la fin du XIII[e] siècle par les constitutions du Châtelet (2).

Au XVI[e] siècle, il se fit un mouvement très vif en faveur du droit héréditaire du conjoint que l'on trouve dans la coutume de Berry de 1539 et en 1559 dans celle du Poitou ; ce droit fut ensuite étendu aux autres coutumes par deux arrêts du Parlement de Paris du 22 août 1582 et du 7 septembre 1700. Devenu moins utile, en usage surtout dans la classe noble, le douaire, comme il arrive aux institutions sur leur déclin, se figeait, ne se transformant plus. « On « en vint, selon M. Petot (3), dans les derniers siècles de l'ancien ré- « gime, à perdre de vue la vraie nature du droit de la femme au « douaire. Jadis, on regardait ce droit comme réel, comme une sai- « sine virtuelle des portions des propres du mari. Mais depuis long- « temps, la pratique y avait mêlé des éléments personnels. C'est ainsi « que le mari assignait souvent à sa femme par contrat de mariage « une rente viagère en guise de douaire préfix. » La Révolution l'ayant considéré comme un débris de la féodalité, une entrave à la liberté des transactions, une complication dans le règlement des successions (4), la loi du 17 nivose an II l'abolit. Cependant, le douaire jouait encore dans plusieurs régions à la fin de l'ancien régime un rôle fort important parmi les institutions familiales. On sait d'ailleurs combien en France fut défavorable la situation du conjoint survivant pendant le XIX[e] siècle. Rien d'étonnant que cette institution ait été conservée par le code de Québec qui, mettant le conjoint survivant au dernier rang des successibles juste avant le souverain, et d'autre part consacrant la liberté de tester, avait besoin de ce gain de survie pour protéger contre la gêne la femme et les enfants du mari prédécédé.

---

(1) Guyot : Répertoire de jurisprudence en 1784, tome VI.

(2) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 355.

(3) Petot : « La formation historique du régime de communauté entre époux », cours de doctorat, Paris, 1942-1943, p 155.

(4) Brissaud, op. cité, p. 736.

35. — SECTION I. — REGLES GENERALES CONCERNANT LE DOUAIRE DANS LA PROVINCE DE QUEBEC

36. — § I. — *Variétés.*

a) On distinguait dans l'Ancienne France, dans la plupart des coutumes, deux sortes de douaires :

le douaire conventionnel (ou préfix) et

le douaire coutumier (légal).

Ce dernier était exclu par le douaire préfix qu'il était interdit de constituer durant, pendant le mariage, de crainte qu'il ne servît à dissimuler des libéralités entre époux.

Aux termes de l'article 1426 du code de la province de Québec, il y a « deux espèces de douaires, celui de la femme et celui des « enfants. Chacun de ces douaires est, soit légal ou coutumier, soit « préfix ou conventionnel ».

« Le douaire préfix exclut le coutumier », article 1429, c'est-à-dire que la femme ne peut prétendre à la fois aux deux douaires. Cependant, de même que l'ancien droit admettait « qu'il est permis « de stipuler que celui que l'on veut accorder sera différent de celui « que donne la coutume » (1), de même est-il permis, dans le droit de la province de Québec, de stipuler par contrat de mariage que la femme et les enfants auront droit de prendre le douaire préfix ou le douaire coutumier à leur choix.

b) A l'instar de la coutume de Paris (article 247) qui permettait de convenir qu'il n'y aurait point de douaire, l'article 1431 du code de Québec énonce « qu'à défaut de contrat de mariage, ou si dans « celui qui existe, les parties ne s'en sont pas expliquées, le douaire « coutumier a lieu de plein droit ». Mais il est permis de stipuler qu'il n'y aura aucun douaire, et cette stipulation s'étend aux enfants comme à la femme.

Le douaire résultant toujours d'une convention, expresse pour le douaire préfix, tacite pour le douaire coutumier (puisqu'on peut stipuler qu'il n'y aura pas de douaire ou qu'il sera préfix), étant donné que l'article 8 du code prévoit que les actes s'interprètent d'après la loi du lieu où ils sont passés, le douaire aurait dû être réglé par la loi du lieu de célébration du mariage ou celui de passation du contrat (2). Néanmoins, reproduisant une règle toujours admise dans l'ancien droit, l'article 1442 énonce que « le douaire « coutumier ainsi que le préfix qui consiste en immeubles, est un « droit réel qui se règle d'après les lois, au lieu où sont situés les im- « meubles qui y sont sujets ».

---

(1) Guyot, op. cité, tome VI, p. 295.

(2) Langelier, op. cité, tome IV, p. 453.

Enfin, de même que dans le droit coutumier, le douaire était considéré comme gain de survie, de même l'article 1432 ne le regarde que comme « une simple convention de mariage », par conséquent non soumis aux règles restrictives des donations.

36. — § II. — *Composition.*

a) *Douaire coutumier*

1°) Quotité. — Dans l'ancien droit, la plus grande diversité existait entre les coutumes au sujet de la quotité du douaire qui consistait tantôt dans la moitié de l'usufruit, tantôt du tiers comme en Normandie où le droit normand avait peut-être été influencé par le souvenir de l'ancienne tertia franque (1). D'autres coutumes comme celle de Calais et de Tours, ou de Bourgogne, faisaient des distinctions pour les biens et les personnes (2).

La coutume de Paris, dont les dispositions étaient le plus généralement adoptées, fixait dans son article 248 que « la quotité du « douaire est de la moitié des héritages que le mari tient et possède « au jour des épousailles et bénédiction nuptiale, et de la moitié « des héritages qui, depuis la consommation du mariage et pen- « dant icelui, échéent et adviennent au mari ».

C'est cette disposition que l'article 1434 du code de Québec reprend quand il énonce :

« Le douaire coutumier consiste dans l'usufruit pour la femme, « et dans la propriété pour les enfants, de la moitié des biens « immeubles dont le mari est propriétaire lors du mariage et de ceux « qui lui échoient de ses père et mère et autres ascendants pendant « sa durée ».

2°) Biens sujets au douaire. — Là encore, la plus grande variété de dispositions était énoncée par les coutumes (3). La plupart d'entre elles assujetissaient néanmoins au douaire les immeubles qu'avait le mari lors du contrat ou de la célébration du mariage et ceux qui lui étaient échus pendant le mariage en ligne directe ascendante à titre de succession de legs ou de don. L'article 1434 du code de Québec cité plus haut est en harmonie avec ces coutumes.

Le douaire ne pouvant porter que sur les biens propres du mari, l'article 1435 énonce que les « héritages » que le mari a ammeublis, « suivant la clause d'ameublissement pour les faire entrer dans la « communauté ne sont pas sujets au douaire coutumier ».

Il en est de même pour les biens meubles réalisés par lui pour être exclus de la communauté, car ce ne sont des propres que par fiction.

---

(1) Petot : « La formation historique du régime de communauté entre époux », cours de doctorat, Paris, 1942-1943, p. 85.

(2) Guyot, op. cité, tome VI, p. 286.

(3) Guyot, op. cité, p. 288, tome VI.

b) *Douaire préfix*

1) Quotité. — Le douaire conventionnel pouvait être inférieur au douaire coutumier, mais non l'excéder, sauf pourtant à Paris, à Orléans et dans diverses provinces où il n'y avait pas de maximum. Aucun minimum n'était généralement prévu, d'autre part, le douaire préfix pouvait consister soit en une rente ou en une somme d'argent promise en toute propriété ou jouissance (1).

Ce sont ces dispositions que reprend l'article 1437 du code de Québec ; le douaire préfix peut porter sur des meubles et avoir une étendue plus ou moins grande que le douaire coutumier. L'article ajoute « qu'il est permis de modifier ce douaire à volonté, de « stipuler par exemple qu'il appartiendra à la femme en pleine pro- « priété, à l'exclusion des enfants et sans retour, ou que le douaire « de ces derniers sera différent de celui de la mère. »

2) Biens sujets au douaire. — Ajoutons qu'à l'instar de l'article 260 de la coutume de Paris qui énonçait « Douaire préfix soit en « rente ou deniers se prend sur la part du mari sans aucune confu- « sion de la communauté et hors part », l'article 1440 du code stipule que « Le douaire préfix se prend sur les biens du mari seul ».

38. — § III. — *Droits de la femme sur le douaire.*

a) *Pendant le mariage.* — Au moyen âge, le droit au douaire comme droit en expectative, s'ouvrait dès le début du mariage, mais le mari conservait la propriété et la jouissance des biens grevés du douaire et le droit de jouissance de la femme ne s'exerçait qu'au décès du mari (2). D'autre part, c'était la consommation du mariage qui faisait naître ce droit éventuel et c'est pourquoi Loisel écrit : « Au « coucher, la femme gagne son douaire », mais à partir du XVI[e] siècle, alors que cette règle était conservée par certaines coutumes comme celle de Clermont, de Chartres, de Normandie, celle de Paris décida que le droit éventuel au douaire s'ouvrait pour la femme le jour de la bénédiction nuptiale, encore cette règle ne concernait-elle que le douaire coutumier. Le droit au douaire préfix était acquis dès la rédaction du contrat de mariage sous la condition que le mariage suivrait (3).

L'article 1433 du code de Québec énonce que le droit au douaire coutumier court « à compter de la célébration du mariage ou de la « date du contrat s'il y en a un, et que le douaire y ait été stipulé » tandis que le douaire préfix court de la date du contrat de mariage.

D'après Beauchamp (4), « la raison de l'article 1433 est facile « à saisir, le douaire préfix ne peut exister sans convention, c'est

---

(1) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 270, 271 et 279.

(2) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 273.

(3) Petot : « La formation historique du régime de communauté entre époux », cours de doctorat, Paris, 1942-1943, p. 158.

(4) Beauchamp. Code civil de la province de Québec annoté. Montréal, 1905, page 232.

« donc au contrat qui le contient qu'il doit son origine et c'est de « sa date que le droit commence. Quant au coutumier, s'il est créé « par la loi seule sans stipulation, c'est la célébration du mariage qui « lui donne l'être et c'est de cette époque que le droit existe ».

b) *A la mort du mari.* — Alors s'ouvrait seulement pour la femme le droit de douaire, droit qui d'éventuel qu'il était pendant le mariage, devenait actuel.

Si un certain nombre de textes du moyen âge affirment que le douaire coutumier saisissait à la différence du douaire exprès (1), il en était autrement à la fin de l'ancien droit puisque l'article 256 de la coutume de Paris affirme « Douaire soit coutumier ou préfix, « saisit sans qu'il soit besoin de le demander en jugement, et courent « les fruits et arrérages du jour du décès du mari ».

D'autre part, s'il est possible comme le croit M. Olivier Martin, que le droit de la douairière ait été considéré à l'époque la plus ancienne comme un droit de propriété à temps, dès le XVI[e] siècle, cette douairière était considérée comme une usufruitière et dans le dernier état du droit, elle devait s'engager sous serment à bien administrer les biens soumis au douaire pour en assurer la restitution à son décès, et fournir caution bonne et suffisante, si elle se remariait, c'est-à-dire une personne solvable s'engageant à procurer la restitution du douaire. D'autre part la coutume imposait à la douairière les dépenses viagères et d'entretien, l'héritier étant tenu des graves réparations. Enfin, elle acquérait les fruits naturels par la perception, les fruits civils étant acquis au prorata de la jouissance (2).

Donc, la douairière étant une usufruitière, son droit prenait fin à sa mort pour rejoindre la nue propriété des enfants douairiers ou plus souvent des héritiers du mari.

Nous retrouvons encore ces dispositions dans le droit de la province de Québec.

L'article 1438 du code énonce : « Le douaire coutumier ou le « préfix est un gain de survie qui est ouvert par la mort naturelle « du mari », mais tandis que dans le dernier état de l'ancien droit, suivant M. Olivier Martin, la femme perdait son douaire en cas d'adultère prouvé ou d'abandon de son mari et semble-t-il dans tous les cas où la séparation de corps était prononcée à ses torts (3), d'après l'article 1438 le douaire peut être couvert et rendu exigible par la séparation soit de corps, soit de biens seulement lorsque cela a été stipulé au contrat de mariage, Langelier (4) fait remarquer qu'il suffit que cela résulte des termes du contrat de mariage,

---

(1) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 276.

(2) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 285.

(3) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 282.

(4) Langelier, op. cité, tome IV, p. 450.

car on ne peut guère concevoir que des futurs époux stipulent pour le cas où une séparation de corps aurait lieu entre eux.

D'autre part, l'article 256 de la coutume de Paris précisait, comme nous l'avons vu plus haut, que « la femme et les enfants sont saisis « de plein droit du douaire coutumier ou préfix sans qu'il soit besoin « de le demander en jugement », de même l'article 1441 du code de Québec, mais il faut que les biens sur lesquels porte le douaire se trouvent alors dans la succession du défunt. S'ils sont entre les mains de tiers, toujours conformément à l'article 1441, il faut une demande en justice.

Aussitôt l'ouverture, l'usufruit de la femme commence et dure tant qu'elle vit, « ce n'est qu'à son décès que les enfants peuvent « prendre possession de la propriété », laquelle commence cependant dès l'ouverture si la femme est décédée avant le mari. Si la femme et tous les enfants et petits-enfants sont morts avant le père qui a créé le douaire, il devient caduc et reste à la succession du mari (1439).

La disposition de l'article 1450, reproduisant l'article 257 de la coutume de Paris stipule : « Le douaire préfix de la femme n'est « pas incompatible avec la donation d'usufruit qui lui est faite par « le mari, elle jouit, en vertu de cette donation, des biens y contenus, « et prend son douaire sur le surplus sans diminution, ni confu- « sion ». Donc une femme peut être donataire de certains biens et douairière d'autres, mais comme l'a fait remarquer M. Antier (1), « on ne voit pas d'ailleurs bien pourquoi après la coutume, le code « a cru devoir formuler une solution qui paraît évidente. Le douaire « coutumier se prend sur les biens propres du mari par définition « puisqu'il affecte des biens qui ne tombent pas en communauté. « Par conséquent, il ne pourra jamais y avoir confusion du douaire « coutumier avec une donation de l'usufruit des biens de commu- « nauté. Et pourquoi en serait-il autrement du douaire préfix alors « surtout que le code prend soin à l'article 1440 de stipuler que le « douaire préfix se prend également sur les biens du mari seul ? ».

Etant usufruitière, la douairière a les droits et les obligations inhérents à cette institution. Comme dans l'ancien droit, la douairière n'est pas obligée de fournir caution tant qu'elle reste veuve, elle peut se contenter de donner ce qu'on appelle sa caution juratoire. Ce cautionnement consiste dans le serment qu'elle prête de jouir en bon père de famille (article 1454 du code de Québec) ; elle doit cependant « entretenir les baux à ferme ou à loyer faits par « son mari des héritages sujets à son douaire, pourvu qu'il n'y ait ni « fraude ni anticipation excessive » (2) (article 1456) ; elle est tenue de toutes « les charges ordinaires et extraordinaires dont est grevé

---

(1) Antier, op. cité, page 98.

(2) La question était discutée dans l'ancien droit car ainsi que l'a fait remarquer M. Antier, op. cité, p. 100, « juridiquement la douairière ne pouvait être forcée de continuer les travaux en cours, on sait qu'un acheteur ne l'était pas lui-même ».

« l'immeuble » (article 1458), enfin elle ne doit effectuer que les réparations d'entretien, car l'article 1459 met les grosses réparations à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par la faute ou la négligence de la douairière. Enfin, comme tout autre usufruitier, la femme douairière prend les choses sujettes au douaire dans l'état où elles se trouvent lors de l'ouverture (1460) et si néanmoins des augmentations notables ont été faites à la chose pendant le mariage, la femme n'en profite qu'en rapportant la plus-value s'il est en usufruit (1461).

39. — § IV. — *Extinction du douaire.*

Dans le dernier état de l'ancien droit, le douaire prenait fin par la mort de la femme ; les biens qui le formaient revenaient aux enfants du mariage soit comme héritiers, soit comme douairiers, et à défaut le douaire coutumier revenait aux lignages du mari puisqu'il portait sur ses propres. S'il consistait en une somme d'argent, la coutume stipulait qu'il devait revenir aux héritiers aux meubles et conquêts (1).

D'autre part, nous avons vu que la femme perdait son douaire en cas d'adultère prouvé ou d'abandon de son mari (2). Bien que certains arrêts admettent la perte du douaire comme sanction du défaut d'entretien et que cette sanction a été expressément prévue par quelques coutumes après que la douairière a été sommée par le juge d'effectuer les réparations, il y avait cependant des hésitations à ce sujet (3). Mais ce qu'il y a de certain, c'est que la femme pouvait renoncer à son douaire, mais d'une manière indirecte seulement, c'est-à-dire en s'obligeant avec son mari et par là en compromettant son propre droit sur ce douaire.

Dans le droit moderne du Canada français, le douaire s'éteint par la mort (article 1462 qui renvoie à l'article 479). Egalement « la « femme peut être privée de son douaire pour cause d'adultère ou de « désertion » (article 1463). Notons avec M. Antier (4) que cet article doit être interprété restrictivement ; ainsi, la séparation de corps prononcée contre la femme pour une cause autre que l'adultère ou l'abandon du domicile conjugal n'affecte pas le droit de la femme au douaire. Par ailleurs, tandis que l'ancien droit considérait l'inconduite de la femme après la mort du mari comme une cause de perte du douaire, il n'en est plus ainsi dans la jurisprudence de Québec. Même dans le cas d'adultère et d'abandon du domicile conjugal, il faut, d'après le deuxième alinéa de l'article 1463, « que le « mari se soit plaint de son vivant sans qu'il y ait eu depuis récon-

(1) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 285.

(2) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 282.

(3) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 285.

(4) Antier, op. cité, p. 100.

« ciliation, les héritiers ne peuvent que continuer en ces cas l'action « commencée et non abandonnée ».

Enfin, aux termes de l'article 1464, « La femme peut être déclarée déchue de son douaire pour l'abus qu'elle fait de sa jouissance « dans les circonstances et sans les modifications énoncées en l'article 480 ».

C'est également une survivance de l'ancien droit, mais tandis que la renonciation indirecte était seulement possible, à Québec, maintenant, la femme peut renoncer directement à son douaire et ne peut réclamer aucune récompense pour ce droit ainsi cédé (article 1444-1445). Par contre, la protection du douaire est plus efficace.

40. — § V. — *Protection du douaire*

Autrefois, si la femme aliénait avec son mari, elle ne liait pas les enfants, mais elle se liait elle-même si bien qu'étant garante de l'acquéreur, elle ne pouvait le troubler dans sa jouissance ; aussi perdait-elle son usufruit, mais à son décès, les enfants entraient en possession de la propriété, nonobstant l'aliénation de leur mère, à moins qu'ils ne se portassent ses héritiers. Maintenant, l'article 1443 déclare que l'aliénation de l'immeuble sujet au douaire, fait avec ou sans le consentement de la femme, même avec l'autorisation de son mari, est sans effet non seulement à l'égard des enfants, mais même à l'égard de la femme (1) sauf l'exception de renonciation.

De même, suivant l'article 1449, « L'acquéreur de l'immeuble « sujet ou hypothéqué au douaire ne prescrit ni contre la femme ni « contre les enfants tant que ce douaire n'est pas ouvert ». A propos du douaire des enfants, des règles spéciales doivent être examinées.

SECTION II. — REGLES SPECIALES AU DOUAIRE DES ENFANTS

41. — Si les constitutions du Châtelet attestent l'existence au XIII[e] siècle du douaire des enfants, la question de ses origines lointaines a été des plus discutées à la fin du siècle précédent et au début de celui-ci.

Selon l'historien autrichien Fiehr, il viendrait d'une règle fondamentale du droit franc en vertu de laquelle il était interdit au père de disposer, au détriment de ses enfants, des biens qui constituaient la dot et la morgenhabe de leur mère, mais étant donné qu'à l'époque franque, la mère possédait la dot en pleine propriété, il y a lieu de penser que le mari ne pouvait alors disposer à cette époque de la dot qu'il avait constituée à sa femme.

D'après M. Petot (2), qui adopte la théorie de l'historien allemand Brenner reprise par Robert Caillemer et qui repose sur l'analyse des « dotalicia » conservés dans les chartes de Cluny, on vit appa-

(1) Beauchamp, op. cité, tome II, p. 241.

(2) Petot : « La formation historique du régime de communauté entre époux », cours de doctorat, Paris, 1942-43, p. 163.

raître et se développer aux X^e, XI^e et XII^e siècles une pratique tendant à réserver aux enfants à naître, la dot que leur mère avait reçue de son mari, autrement dit le douaire. C'est de cette pratique très répandue en pays de coutumes que serait sorti, au XIII^e siècle le douaire des enfants.

A cette époque, à la mort du mari, les enfants pouvaient recueillir avec le douaire, la succession de leur père, mais dès 1459, une coutume prouvée par Turbe au Châtelet, déclare que l'enfant qui s'était porté héritier de son père ne pouvait pas réclamer le douaire de sa mère (1). On trouve cette solution dans le dernier état du droit parisien où l'enfant ne pouvait recueillir son douaire libre et quitte de tout engagement « qu'en renonçant à la succession « paternelle ». C'était donc une sorte de légitime (2) puisqu'elle réservait aux enfants renonçants envers et contre tout la moitié du patrimoine propre de leur père. Ce caractère de légitime a été conservé dans le droit de Québec.

42. — § I. — *Ouverture*

D'abord, remarquons que dans le code de Québec, aux termes de l'article 1466, les enfants auxquels le douaire est dû sont ceux issus du mariage pour lequel il a été constitué. Par conséquent, y ont seuls droit, les enfants légitimes, les enfants légitimés, par le mariage subséquent de leurs père et mère, ainsi que par l'effet de la représentation, les petits-enfants dont le père est décédé avant l'ouverture du douaire.

Rappelons également que l'article 1439, comme nous l'avons vu plus haut, reproduit l'article 263 de la coutume de Paris d'après lequel « le douaire soit en espèce, rente ou deniers promis à une femme « n'est qu'à la vie de la femme tant seulement ; s'il n'y a enfants nés « et procréés du mariage. Et doit tel douaire après le trépas de la « femme revenir aux héritiers du mari s'il n'y a contrat au con- « traire », et que l'article 1441 du code qui s'applique aussi bien au douaire de la femme que des enfants est l'équivalent de l'article 256 de la coutume de Paris d'après lequel « douaire soit coutumier ou « préfix saisit sans qu'il soit besoin de le demander en jugement et « courent les fruits et arrérages du jour du décès du mari ». Mais tandis que dans l'ancien droit la femme pouvait renoncer à son douaire et les enfants pas, le code de Québec énonce dans l'article 1446 : « Quant au douaire des enfants, il ne peut s'exercer que sur « les immeubles qui, assujettis au douaire de la mère n'ont été pen- « dant le mariage, ni aliénés, ni hypothéqués par leur père avec la « renonciation de la mère faite en la matière énoncée en l'article « 1444.

---

(1) Olivier Martin, op. cité, tome II, p. 359.

(2) Petot : « Les propres dans l'ancien droit français », cours de doctorat, Paris, 1941-42, p. 161.

« Après la mort de la femme, l'enfant majeur peut renoncer au « douaire, dans le cas où sa mère eût pu le faire, et de la même ma- « nière et aux mêmes fins. »

Donc dans le droit moderne de la province de Québec, la renonciation de la femme nulle en principe mais valable dans certaines conditions engage également ses enfants.

Par contre l'ancien droit a été suivi en ce qui concerne l'obligation de rapporter le douaire pour l'enfant qui se porte héritier et le code de Québec ne fait que suivre les articles 250, 251, 252 et 254 de la coutume de Paris quand il énonce à l'article 1467 : « L'enfant « qui se porte héritier de son père même par bénéfice d'inventaire « ne peut prendre part au douaire » et à l'article 1468 : « Pour pou- « voir se porter douairier l'enfant est tenu de rapporter à la succes- « sion de son père tous les avantages qu'il en a reçus en mariage ou « autrement au moins prendre dans le douaire. »

La question qui se pose est de savoir si en matière de douaire on peut dispenser de rapport par une clause de préciput et de hors part.

L'article 1468 est muet à ce sujet. Suivant Mignault (1) de deux choses l'une, ou bien la dispense du rapport est contenue dans le contrat de mariage des père et mère, dans ce cas elle est valable, ou bien cette clause est contenue dans une donation postérieure au contrat de mariage ; elle est nulle à cause du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

43. — § II. — *Droits et obligations des enfants.*

Aux termes de l'article 1470 du code de Québec, après l'ouverture du douaire et l'extinction de l'usufruit de la femme, les enfants et petits-enfants se partagent les biens affectés au douaire comme dans le cas d'une succession. La part des renonçants reste donc dans la succession, et aux termes de l'article 1469, « les enfants douairiers ne « sont pas tenus de payer les dettes de leur père antérieures au « mariage, pour les dettes postérieures, ils n'en sont tenus qu'hypo- « thécairement avec recours sur ses biens. »

Ces articles reprennent les dispositions de la coutume de Paris qui énonçait que « si les enfants venant du dit mariage ne se portent « héritiers de leur père et s'abstiennent de prendre la succession, en ce « cas le dit douaire appartient aux dits enfants purement et simple- « ment sans payer aucune des dettes procédant du fait de leur père « créées depuis le dit mariage et se partit le douaire soit préfix ou « coutumier, entre eux, sans droit d'aînesse ou prérogatives. »

Telles sont les règles qui gouvernent le douaire dans le droit de la province de Québec.

En France le douaire n'existe plus. Le mari peut donner à sa femme l'usufruit de tout ou partie de ses biens ; mais une telle dis-

(1) Mignault, op. cité, tome VI, p. 463.

position sera considérée comme une libéralité soumise aux formalités ordinaires des donations. Au Canada, ainsi que nous l'avons indiqué, le douaire coutumier ou préfix n'est pas regardé comme un avantage sujet en principe aux formalités des donations, mais comme une simple convention du mariage.

Cependant, depuis le 1er septembre 1897 où une loi a supprimé le système de la communauté continuée, l'usufruit légal du conjoint survivant existe aussi au Canada.

S'il reproduit assez exactement les articles 384 à 387 du code français tels qu'ils se lisaient en 1897, cet usufruit cependant ne porte que sur les biens de l'enfant qui lui viennent du conjoint prédécédé.

Il n'est créé qu'à la dissolution de la communauté par décès et en l'absence d'un testament à ce contraire, il cesse dans le cas d'un second mariage (1).

L'existence du douaire a cependant son utilité au Canada, surtout pour les enfants non protégés par la réserve comme nous le verrons plus loin.

Il n'est qu'un contrepoids à la liberté illimitée de tester.

A propos du droit successoral de Québec, une institution de l'ancien droit ayant survécu doit retenir notre attention : les substitutions fidéicommissaires.

---

(1) Livre souvenir, op. cité, p. 371.

CHAPITRE IV

LES SUBSTITUTIONS FIDEICOMMISSAIRES

44. — On entend par substitution fidéicommissaire, une libéralité contenue dans un testament ou un contrat que le bénéficiaire, appelé « grevé » est chargé de conserver pendant sa vie pour la transmettre à sa mort à un autre bénéficiaire qui lui est substitué, et que l'on nomme « l'appelé ». Cet appelé peut être à son tour chargé de conserver et de rendre à son tour à un autre, et ainsi de suite quand il y a plusieurs degrés dans la substitution.

Comme c'est de tous temps que donateurs et testateurs ont eu le souci de prolonger l'influence de leur volonté après eux, il convient, avant d'étudier comment a survécu cette institution dans le droit du Canada français, d'en rappeler l'évolution.

DROIT ROMAIN. — On distinguait à Rome trois sortes de substitutions : substitutions vulgaires, substitutions pupillaires, substitutions quasi-pupillaires, dispositions qui permettaient à un testateur de charger l'héritier qu'il instituait, de restituer tout au partie de son hérédité à une autre personne. L'acte par lequel il donnait ses biens avec cette charge, constituait un fidéicommis (1). Pour faire ces fidéicommis, on choisissait comme intermédiaire quelqu'un en qui on avait confiance, en priant ce fiduciaire de restituer les biens au fidéicommissaire, mais ce fidéicommis ne contenait vraiment pas de substitution, étant donné que le fiduciaire devait restituer immédiatement ou très rapidement. Plus tard, on concéda à ce fiduciaire la possession et la jouissance desdits biens pendant un certain temps. Ce fut le fidéicommis à terme.

Puis on ne l'obligea qu'à rendre après sa mort. C'est le fidéicommis « post mortem ». En même temps, le testateur put faire des fidéicommis à plusieurs degrés ou graduels, chaque fidéicommissaire devenant à son tour fiduciaire à l'égard d'une nouvelle personne.

Enfin on autorisa le fidéicommis perpétuel dans une famille, avec clause d'inaliénabilité « Perpetua volo bona remanere in familia mea ». C'est « le fidéicommissum relictum », germe des substitutions de l'ancien droit.

La Novelle 159 de Justinien, chapitre II, limita la portée de la clause d'inaliénabilité à quatre générations.

ANCIEN DROIT. — Ce n'est guère qu'à la renaissance du droit romain qu'on trouve en France des substitutions. Dans le Midi, elles remplacèrent le droit d'aînesse qui n'était admis que dans la région pyrénéenne. Mais dans certains pays de coutume, étant vues

(1) Fuzier Herman. Répertoire de droit français. Les substitutions.

défavorablement, elles furent même prohibées (la Marche, Nivernais, Montargis, Sedan). (1).

Plus tard, aux XV[e] et XVI[e] siècles, elles se répandirent dans toute la France. Peu de coutumes rédigées en parlent ; mais la matière est réglementée par la jurisprudence et les ordonnances royales (2).

On justifiait les substitutions à l'époque monarchique par deux motifs : d'abord l'intérêt des enfants et de leur postérité, car s'il existait dans la famille un fils dissipateur, la substitution l'empêchait de se ruiner ; également l'intérêt de la noblesse, car elles permettaient aux seigneurs ayant des noms illustres à soutenir, de faire face à leurs dépenses, et aussi, le droit d'aînesse étant limité surtout dans la région parisienne aux seuls biens nobles, les substitutions permettaient d'assurer la transmission d'autres biens à la branche aînée.

Ces résultats n'étaient obtenus qu'au prix de grands inconvénients, car, jusqu'au milieu du XVIII[e] siècle, elles étaient *révocables, perpétuelles*, par conséquent obstacle sérieux au développement de la richesse publique, *occultes*, ce qui faisait passer le grevé pour propriétaire définitif, lui donnant ainsi un crédit fictif. Le pouvoir royal dut en conséquence intervenir et prendre des mesures :

1° La publicité des substitutions fut organisée par l'édit du 5 mai 1553. Accueilli avec répugnance par les Parlements, il fallut le confirmer plusieurs fois (Ordonnance de Moulins de 1566, article 57; Ordonnance de Daguesseau de 1747, titre II, article 18).

2° L'ordonnance d'Orléans de 1560 décida qu'à l'avenir les substitutions seraient limitées à deux degrés, non compris l'institution primitive. Puis l'ordonnance de Moulins, visant les substitutions ultérieures, les restreignit à quatre degrés. Ici encore les réformes royales se heurtèrent à la mauvaise volonté des Parlements. L'ordonnance de 1747 confirma les dispositions de l'ordonnance de 1560, limitant les substitutions à deux degrés. Les substitutions perpétuelles n'étaient permises que dans les duchés, pairies ou sur autorisation du roi (3).

DROIT MODERNE. — La Convention ayant supprimé l'institution, les 25 août et 14 novembre 1792, le code civil essaya de maintenir cette dernière en prohibant toute substitution d'un bien qui à la mort du donataire ou légataire devrait passer en vertu de cette substitution non à ses héritiers légitimes ou testamentaires mais à une personne désignée par le disposant.

Malgré les tentatives postérieures de Napoléon pour reconstituer des substitutions perpétuelles sous le nom de majorats, et de Charles X qui, par une loi du 17-18 mai 1826 permit de substituer la quotité

---

(1) Viollet : « Histoire du droit civil français », Paris, 1905, tome II, p. 757.

(2) Lefebvre : « Les successions dans l'ancien droit », Paris, 1918, p. 165.

(3) Viollet, op. cité, p. 757.

disponible jusqu'au deuxième degré après l'institution, celle-ci non comprise, des lois des 17 janvier, 30 avril et 7 mai 1849 ont abrogé ces dispositions (1).

Au Canada français, les substitutions fidéicommissaires à deux degrés ont survécu parce que, comme l'écrivait M. Billette en 1934 : « Sous une allégeance politique étrangère depuis 1760, les événe- « ments de la période révolutionnaire de 1789 qui avaient pour objet « le renversement de l'ancien ordre social, ne pouvaient nous affec- « ter, et nos codificateurs ont cru devoir rester fidèles à une tra- « dition qui, avec certains inconvénients, n'en offre pas moins cer- « tains avantages et la satisfaction d'un désir bien légitime du dis- « posant en faveur de ceux des siens qu'il a eu l'opportunité de con- « naître, d'aimer et de vouloir protéger contre les aléas de la vie. » (2)

45. — SECTION I. — VARIETES ET FORMES DE SUBSTITUTIONS DANS LE DROIT DE LA PROVINCE DE QUEBEC

46. — § I. — *Variétés :*

A la fin de l'ancien droit, on distinguait deux catégories de substitutions :

1° Substitutions vulgaires, pupillaires, exemplaires, réciproques et compendieuses.

2° Substitutions fidéicommissaires (3).

Dans le droit de la province de Québec, aux termes de l'article 925 du code, « Il y a deux sortes de substitutions : la substitution « vulgaire est celle par laquelle une personne est appelée à la dis- « position pour le cas où elle est sans effet quant à la personne « avantagée en premier lieu.

« La substitution fidéicommissaire est celle où celui qui reçoit « est chargé de rendre la chose soit à son décès soit à un autre « terme. »

Il n'y a pas de difficulté dans la définition de la substitution vulgaire qui, nous dit Langelier (4), se rencontre chaque fois qu'un individu doit recueillir une disposition entre vifs ou testamentaire. A défaut d'un autre, X lègue une maison à Y et pour le cas où Y ne voudrait pas ou ne pourrait pas recueillir ce legs, il léguerait la même maison à Z.

---

(1) Le code civil a conservé le principe : « Les substitutions sont prohibées, dit l'article 896, et les tempéraments apportés par les articles 1048 à 1074 ne les permettent quant aux personnes et quant aux biens que dans des conditions très restrictives. »

(2) Livre souvenir des journées de droit civil, 1936, p. 192.

(3) Guyot : « Répertoire de Jurisprudence », p. 453, tome XVI.

(4) Langelier, op. cité, tome III, p. 236.

Par contre, la définition officielle de la substitution fidéicommissaire est défectueuse. Elle se rencontre lorsqu'un donateur ou un testateur donne ou lègue ses biens mais *à charge* de les restituer à un autre. Cette division bipartite se complique par la distinction que fait l'article 926 qui énonce : « La substitution fidéicommissaire « comprend la vulgaire sans qu'il soit besoin de l'exprimer.

« Lorsque la vulgaire est adjointe en termes exprès à la fidéi- « commissaire pour régler des cas particuliers la substitution est aussi « appelée compendieuse.

« Lorsque le terme de substitution est employé seul, il s'applique « à la fidéicommissaire avec la vulgaire qui y est comprise ou s'y « rattache ; à moins que la nature ou les termes de la disposition « n'indiquent la vulgaire seule.

« Il semble, nous dit Mignault (1), puisque la substitution fidéi- « commissaire comprend la vulgaire sans qu'il soit besoin de l'expri- « mer, que l'adjonction de la substitution vulgaire à la fidéicommis- « saire même en termes exprès ne constitue qu'une redondance. »

La remarque est juste pour une substitution testamentaire quand par exemple un testateur dit : « Je donne à Y à la charge de rendre à Z », et il est censé avoir ajouté « et au cas où Y ne recueillerait pas, je veux que Z lui soit substitué ».

S'agissant de substitutions fidéicommissaires par donation entre vifs, la substitution n'est pas compendieuse dans son premier degré. Ainsi le donateur donne à X qu'il charge de rendre à Y. Si X n'accepte pas la donation, Y ne pourra en réclamer le bénéfice car cette donation ne s'est jamais formée, faute de concours de volonté des donateur et donataire. Dans notre ancien droit, la substitution compendieuse existait aussi (2).

47. — § II. — *Formes.*

Le code de Québec dans les articles 929 à 938 réglementant les substitutions d'après les formalités des actes qui les contiennent, et les articles 938 à 944 en prescrivant et en réglementant l'enregistrement, pour étudier l'influence de l'ancien droit il faut se placer au point de vue des formalités intrinsèques et des formalités extrinsèques des substitutions.

48. — a) *Formalités intrinsèques.*

1° Révocabilité.

« On peut, nous dit l'alinéa 1[er] de l'article 929, créer une substi- « tution par donation entre vifs, par donation à cause de mort et par « testament ». Cette disposition, qui est complétée par l'article 930, détermine l'efficacité des substitutions.

(1) Mignault, op. cité, tome V, p. 2.

(2) Guyot, op. cité, tome XVI, p. 467.

Dans l'ancien droit, jusqu'aux ordonnances de 1731 et 1747 et jusqu'à Pothier qui enseignait l'irrévocabilité des substitutions, on décidait, conformément à la doctrine du droit romain, que les fidéicommis pouvaient être révoqués par la seule volonté du substituant.

Dans le droit de la province de Québec la révocabilité est fonction du mode de création.

a') Créée par contrat de mariage, une substitution est irrévocable comme le contrat lui-même, sauf si elle porte sur des biens à venir car le donateur peut en aliéner à titre onéreux.

b') Par donation entre vifs ordinaire, une substitution est révocable nonobstant l'acceptation du donataire pour lui-même tant que l'ouverture de la substitution n'a pas eu lieu. Cependant le donateur perd la faculté de révocation lorsque l'appelé a accepté la substitution, soit formellement, soit, dit l'article 930, d'une manière équivalente comme dans les donations en général.

L'acceptation de l'appelé peut donc être tacite. Aussi, nous dit Mignault (1) toujours dans l'espèce de la donation entre vifs, « la « loi présume l'acceptation des appelés lorsque le grevé, leur père ou « leur mère, a accepté la donation pour lui-même ». Cette acceptation, dit l'article 930, rend irrévocable la substitution en faveur de leurs enfants nés ou à naître. La raison en est que les père et mère qui acceptent pour eux-mêmes ont aussi accepté pour leurs enfants.

c') S'agissant enfin d'une substitution par testament, elle est révocable car un testament pouvant toujours être révoqué par le testateur, du moment qu'il en est ainsi, toutes les dispositions qu'il contient y compris les substitutions tombent ou plutôt sont privées de tout effet possible parce qu'elles ne peuvent prendre effet qu'à la mort du testateur.

2° Les biens objet de la substitution.

Les meubles comme les immeubles peuvent faire l'objet de substitution dit l'article 931. Le code de Québec déroge ici à l'ancien droit car les substitutions de meubles, sauf quelques exceptions, avaient été prohibées par l'ordonnance de 1629. Mais on alléguait que cette disposition n'avait jamais été suivie en France (2).

3° Durée.

Les substitutions créées par testament ou par donations entre vifs ne peuvent s'étendre à plus de deux degrés.

Cette disposition contenue dans l'article 932 du code de Québec tire son origine, comme nous l'avons dit, de l'ordonnance d'Orléans de 1560 et de l'ordonnance des substitutions de 1747 (3) de d'Aguesseau.

---

(1) Mignault, op. cité, tome V, p. 19.

(2) Mignault, op. cité, tome V, p. 21.

(3) Mignault, op. cité, tome V, p. 23.

Exceptionnellement par lettres patentes le prince pouvait autoriser des substitutions perpétuelles.

4° Substitutions après coup.

Il s'agit de la substitution par le donateur de ce qu'il avait auparavant donné d'une manière pure et simple par acte entre vifs.

Aux termes de l'article 935, « le donateur par acte entre vifs ne « peut substituer postérieurement les biens par lui donnés même en « faveur des enfants du donataire. Il ne peut non plus s'en réserver « le droit, si ce n'est dans la donation par contrat de mariage. Ce- « pendant le substituant peut se réserver dans tous les cas le droit « de déterminer les proportions entre les appelés.

« Néanmoins le disposant peut dans une nouvelle donation en- « tre vifs faite d'autres biens à la même personne ou par testament, « substituer les biens qu'il lui a donnés purement et simplement « dans la première ; cette substitution n'a d'effet qu'au moyen de « l'acceptation de la disposition postérieure dont elle est une con- « dition sans préjudice aux droits acquis aux tiers. »

Comme le souligne Mignault (1), la disposition de cet article se rapproche beaucoup des articles 14, 15, 16 de l'ordonnance des substitutions de 1747 sauf une différence importante, c'est que sous l'ordonnance le donateur ne pouvait même en un contrat de mariage se réserver la facilité de charger de substitution les biens par lui donnés.

D'une manière générale les formalités intrinsèques des substitutions tirent leur origine de l'ancien droit. Avant de nous arrêter à la formalité de l'enregistrement, remarquons qu'aux termes de l'article 929 : la capacité des personnes suit dans chaque cas la nature de l'acte, la disposition qui substitue peut être conditionnelle, elle peut être attachée à une disposition, soit universelle ou à titre universel ou à titre particulier, l'appelé peut n'avoir été ni né ni conçu lors de l'acte.

Signalons enfin la règle de l'article 937 qui n'admet que très restrictivement la représentation en matière de substitution alors que le code Napoléon dans les cas très exceptionnels où il permet les substitutions admet au contraire la représentation mais d'une façon générale (2).

49. — b) *Formalités extrinsèques.*

Elles concernent la publication et l'enregistrement des substitutions.

C'est l'article 4 de l'édit de Henri II du mois de mai 1553 qui a prescrit le premier la publication et l'enregistrement des substitutions, mais comme il ne reçut pas d'exécution, l'article 57 de l'or-

(1) Mignault, op. cité, tome V, p. 31.

(2) Mignault, op. cité, tome V, p. 17.

donnance de Moulins de 1566 renouvela cette disposition de la manière la plus formelle.

« Ordonnons aussi que dorénavant toutes dispositions entre vifs « ou de dernière volonté, contenant substitutions, seront pour le « regard d'icelles substitutions publiées en jugement à jour de plaidoirie et enregistrées ès sièges royaux, plus prochains des lieux « des demeurances de ceux qui auront fait les dites substitutions et « ce dedans six mois à compter quant aux substitutions testamentaires du jour du décès de ceux qui les auront faites ; et pour le « regard des autres du jour qu'elles auront été passées ; autrement « seront nulles et n'auront aucun effet. »

Ces dispositions furent reprises par une déclaration du 17 novembre 1690, du 18 janvier 1712 et surtout dans les articles 18 à 35 de l'ordonnance d'août 1747.

Ce sont elles dont le droit de Québec s'est inspiré en incluant dans la loi de 1855 (18 Victoria c. 101) parmi les actes devant être enregistrés les substitutions. Cette formalité doit être accomplie au bureau du district. Elle remplace la publication et l'insinuation au greffe des tribunaux civils, prévue précédemment (article 941).

« La substitution peut être attaquée à cause du défaut d'enregis« trement par tous ceux qui y ont intérêt, à moins d'une exception qui « les concerne » (article 939). Par conséquent le substituant et le grevé qui tous deux ont été parties à l'acte qui a créé la substitution ne peuvent pas se prévaloir du défaut d'enregistrement. Il en est de même pour les ayants cause universels parce qu'ils n'ont ni plus ni moins de droits que leurs auteurs. Par contre, aux termes de l'article 940, ceux qui ont acquis « de bonne foi à titre particulier soit « onéreux soit gratuit et leurs créanciers le peuvent ». C'est la conséquence de leur qualité d'ayants cause particuliers.

Aux termes de l'article 942, sont tenus de faire effectuer l'enregistrement des substitutions :

1° Le grevé qui accepte le don ou le legs.

2° L'appelé majeur chargé lui-même de rendre.

3° Les tuteurs de curateurs au grevé ou aux autres appelés et le curateur à sa substitution.

4° Le mari pour sa femme obligée.

En somme les articles 938 à 944 traduisent avec une rédaction différente les articles 1069 à 1075 du code Napoléon. Il n'y a pas à insister.

50. — SECTION II. — LES DROITS ET OBLIGATIONS DU GREVE

51. — § I. — *Avant l'ouverture.*

Dans l'ancien droit, le principe posé était que le grevé était de plein droit propriétaire jusqu'à l'ouverture du fidéicommis. Pendant toute sa jouissance, il administrait les biens par lui-même et en son

nom comme tout propriétaire (1). En recueillant les biens, il devait: 1° faire inventaire des biens du substituant ; 2° faire procéder à la vente des meubles ; 3° faire emploi des deniers de la substitution ; 4° faire publier et enregistrer le fidéicommis ; 5° se faire envoyer par justice en possession des biens (2). Pendant sa jouissance, il devait régir en bon père de famille, c'est-à-dire apporter à l'administration des biens un soin raisonnable et la diligence qu'on met ordinairement à ses propres affaires. Il ne pouvait disposer des biens substitués mais certaines aliénations étaient cependant licites comme les meubles ou les immeubles pouvant dépérir, les aliénations faites pour l'acquittement de dettes auxquelles les biens étaient sujets, les aliénations faites du consentement des appelés, les aliénations que le grevé faisait pour le temps de sa propriété et de sa jouissance, les aliénations et hypothèques pour dot et autres droits nuptiaux, les aliénations et hypothèques pour les besoins du grevé.

On retrouve à peu près cette réglementation au code de Québec.

Aux termes de l'article 944 : « Le grevé possède pour lui-même, « à titre de propriétaire à la charge de rendre et sans préjudice aux « droits de l'appelé » et aux termes de l'article 945, un curateur et non un tuteur comme en France représente non seulement les appelés qui ne sont pas conçus, mais tous les appelés nés ou à naître, qu'ils soient majeurs non interdits, majeurs interdits pourvus de curateurs, mineurs pourvus de tuteurs. Et il les représente, non seulement pour la confection de l'inventaire, mais dans tous les cas auxquels son intervention est requise ou peut avoir lieu.

Comme dans l'ancien droit, le grevé est obligé de procéder à l'inventaire et à la prisée dans les trois mois où il a recueilli les biens (article 946), faire emploi du prix dans l'intérêt des appelés (article 948). Pendant sa jouissance, aux termes de l'article 947 : Le grevé fait tous les actes nécessaires à la conservation des biens.

Il est tenu pour son propre compte des droits, rentes, redevances et arrérages échus de son temps. Il fait les paiements, reçoit les créances et remboursements, fait l'emploi des capitaux et exerce en justice les droits nécessaires à ces fins.

Il fait à ces mêmes fins les avances pour frais de procès et autres déboursés extraordinaires requis, dont le montant est remis à lui ou à ses héritiers, en tout ou en partie, ainsi qu'il est trouvé juste lors de la restitution.

S'il a racheté des rentes ou payé des dettes en capital, sans en avoir été chargé, il a le droit, ou ses héritiers, d'en être remboursé à la même époque.

Si le rachat ou le paiement a, sans cause suffisante, été fait par anticipation et n'eût pas encore été exigible lors de l'ouverture, l'appelé peut se borner, jusqu'à l'époque où fût arrivée cette exigibilité, à servir la rente ou payer les intérêts.

---

(1) Guyot, op. cité, tome XVI, p. 522.

(2) Guyot, op. cité, tome XVI, p. 525.

De même qu'avant la révolution de 1789, l'aliénation des biens substitués ne pouvait avoir lieu que dans certains cas, de même dans le droit moderne de Québec.

Outre l'aliénation temporaire (article 949) ou avec l'accord du substituant (article 952) qui sont permises, les articles 953 et 953 *a* prévoient différentes exceptions à l'inaliénabilité du bien grevé de substitution.

C'est d'abord le cas pour cause d'utilité publique, c'est aussi celui de vente en justice pour les dettes du substituant ou pour des dettes antérieures à sa possession, c'est-à-dire pour des dettes préférables à la substitution.

« Il est clair, écrit Mignault, que le substituant n'a pu sous-
« traire ses biens à la poursuite de ses créanciers, soit personnels
« ou hypothécaires, en les aliénant sous condition de substitution.
« Donc, de telles dettes primeront toujours la substitution et la
« vente des biens faite en justice à la poursuite du créancier sera
« définitive (1). »

Egalement si les appelés ont consenti à la vente. D'autre part, si l'appelé est tenu de la garantie d'éviction, il ne pourra évincer l'acquéreur d'un bien vendu par le grevé. Le cinquième cas est celui où les biens substitués sont des biens meubles qui ont été vendus. Enfin, l'article 953 *a* prévoit le cas où les biens substitués ont été aliénés avec les mêmes formalités exigées pour l'aliénation des biens appartenant à un mineur, c'est-à-dire avec l'autorisation de la justice sur avis du conseil de famille.

Comme l'a fait remarquer M[e] Venne (2) le code Napoléon ne contient pas de dispositions relatives à l'aliénation finale pendant la substitution des biens substitués. Il n'y a cependant pas de doute que même en France l'aliénation des biens substitués serait possible dans les hypothèses visées au code de Québec.

Il faut souligner qu'avant l'ouverture de la substitution, l'appelé peut, aux termes de l'article 956 du code, disposer par actes entre vifs ou par testament de son droit éventuel aux biens substitués. Il peut aussi faire avant l'ouverture tous les actes conservatoires qui se rapportent à son droit éventuel, soit contre le grevé, soit contre les tiers. Le grevé peut faire la remise des biens par anticipation, à moins que le délai n'ait été établi pour l'avantage de l'appelé, sans préjudice aux créanciers du grevé (article 960).

52. — § II. — *A l'ouverture.*

L'ouverture d'un fidéicommis dans l'ancien droit s'opérait régulièrement par l'arrivée de la condition dont il dépendait. D'autre part, c'était une maxime constante que l'ouverture seule ne rendait le substitué ni propriétaire, ni possesseur. Il fallait son acceptation.

---

(1) Mignault, tome V, op. cité, p. 94 et suivantes.

(2) Livre souvenir, op. cité, p. 233.

D'autre part, la possession ne passait du grevé dans la personne du substitué que par la délivrance. Enfin, les fruits n'étaient dus au légataire que du jour de sa demande en délivrance (1).

Dérogeant aux règles de l'ancien droit, le code de Québec décide à l'article 962 que : « L'appelé reçoit les biens directement du subs- « tituant et non du grevé. L'appelé est, par l'ouverture de la subs- « titution à son profit, saisi de suite de la propriété des biens de « la même manière que tout autre légataire. Il peut en disposer « absolument et il les transmet dans sa succession, s'il n'y a prohi- « bition ou substitution ultérieure ».

Donc l'appelé devient de suite, par l'ouverture de la substitution, propriétaire et possesseur des biens substitués, il n'y a pas de délivrance à demander.

S'il meurt, ne fût-ce que cinq minutes après l'ouverture de cette substitution, il les transmet dans sa succession (2).

Il n'y a rien à dire sur les dispositions purement réglementaires contenues dans les articles 963 à 968. Signalons que le code de Québec assimile la prohibition d'aliéner à la substitution fidéicommissaire.

Comme le fait remarquer Langelier (3), cela appert chaque fois que l'intention de celui qui l'a faite était de faire arriver les biens à une autre personne, après la mort de celle à qui il les a donnés ou légués. Les articles 968 à 981 réglementent la prohibition d'aliéner permise au Canada depuis la promulgation du code civil.

En somme, en matière de substitutions, le droit de la province de Québec est très différent du droit français moderne ; mais en examinant les choses de près, on peut constater que tous deux se rejoignent par leurs jurisprudences respectives.

53. — SECTION III - LA TENDANCE JURISPRUDENTIELLE

54. — § I. — *En France, limitation de la prohibition.*

Si la portée de la prohibition des substitutions édictée par l'article 896 du code Napoléon est maintenue avec toute sa rigueur quant aux personnes, la prohibition s'étendant même aux personnes juridiques, et quant aux biens, même à l'argent, la jurisprudence française (4) s'efforce de limiter la prohibition toutes les fois que les éléments de la substitution ne se trouvent pas réunis.

---

(1) Guyot, tome XVI, op. cité, p. 538.

(2) Langelier, op. cité, tome III, p. 309.

(3) Cf Langelier, op. cité, tome III, p. 319.

(4) Laborde-Lacoste : « L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de libéralités », cours de doctorat, 1944-1945, inédit

1° En distinguant la substitution des opérations frontières qu'elle valide.

2° En exigeant l'obligation de conserver.

3° En exigeant aussi l'obligation de rendre.

Premier élément de la substitution.

Le disposant donne successivement les mêmes biens à deux ou plusieurs personnes.

Ce premier caractère permet à la jurisprudence de ne pas considérer comme substitution prohibée :

a) Le legs avec charge.

Un légataire universel étant institué avec charge de remettre un meuble, un immeuble à un tiers, il y a, dit la jurisprudence, deux libéralités, seulement elles n'ont pas pour objet le même bien parce que, par la charge, la disposition à titre universel est diminuée d'autant. Donc, validité du legs avec charge.

b) La substitution vulgaire.

Cette disposition qui, à la différence de la substitution fidéicommissaire ne contient pas une double libéralité successive, mais désigne simplement et subsidiairement un second gratifié pour le cas où le premier, pour une cause quelconque, ne pourrait pas recueillir les biens, ne rentre pas non plus dans la prohibition de l'article 196.

c) Libéralité en usufruit.

Il n'y a pas non plus pour la jurisprudence substitution prohibée parce que :

1° L'usufruit et la nue propriété sont deux objets différents.

2° Les deux gratifiés recueillent au même instant.

Cependant, comme en pratique de nombreuses difficultés se présentent, les juges recherchent la volonté souveraine du disposant. (Cassation - civ. 25 janvier 1865 - D.P. 65 - 1 - 74.)

d) Double legs conditionnel.

Le double legs conditionnel est un procédé auquel les testateurs recourent souvent et qui ressemble singulièrement à une substitution fidéicommissaire. Le testateur, par exemple, institue son fils comme légataire universel ; et il ajoute que si celui-ci meurt sans enfant, il devra rendre le bien légué à sa sœur ou aux enfants de sa sœur (1).

---

(1) Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, cours de droit civil, tome III, édition 1945, p. 1008.

Tandis que la substitution contient deux libéralités qui, l'une et l'autre, s'exécuteront successivement, le double legs conditionnel se résoudra toujours en une seule libéralité.

De 1804 à 1873, la jurisprudence frappait de nullité le double legs conditionnel comme renfermant une substitution prohibée.

Mais depuis un arrêt du 19 mars 1873 (s. 74 - 1 - 5) le double legs conditionnel n'est pas annulé dans tous les cas.

De deux choses l'une, et d'après la volonté du testateur :

Ou bien celui-ci a voulu faire une substitution prohibée, c'est-à-dire établir une double transmission successive avec obligation de conserver et rendre auquel cas la décision est nulle, ou au contraire le disposant, sans établir un double ordre de successibles, a voulu attacher une importance capitale à l'événement qui est « in conditione », le jeu des conditions n'a rien d'illégal et la volonté doit être respectée.

Tout ce système d'interprétation tient dans une interprétation de volonté du disposant.

Deuxième élément de la substitution : l'obligation de conserver.

Le premier gratifié est grevé de cette obligation et ainsi les objets sont frappés d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

Lorsque le testateur, bien que faisant une double libéralité successive, n'impose pas au premier gratifié l'obligation de conserver les biens mais lui laisse au contraire la liberté d'en disposer à son gré, en ajoutant que, au cas où le légataire décéderait sans postérité, les biens appartiendront à telle autre personne. Cette double libéralité est incontestablement valable (Req. 10 février 1897 - D.P.-1-519).

On appelle ce genre de disposition *legs de résiduo* ou de « eo quod supererit ». Le premier gratifié ne devra rendre que ce qui lui restera des biens. Il n'y a pas obligation de conserver. Ces biens ne sont pas inaliénables, pas insaisissables. Dans certains cas, on trouve une clause interdisant de disposer à titre gratuit. Il y a donc inaliénabilité et obligation de conserver. Malgré tout, la jurisprudence ne voit pas là des substitutions prohibées dès l'instant que l'aliénation n'est pas à titre onéreux.

Troisième élément : le grevé est chargé de rendre, au moment de sa mort, les biens qu'il a reçus à une autre personne née ou à naître.

La jurisprudence décide que ce troisième élément n'est pas réalisé dans les deux cas suivants :

a) Fidéicommis sans obligation.

Il n'y a pas substitution s'il n'y a pas charge à rendre, mais simple prière, simple recommandation adressée au légataire par le testateur de remettre les biens à telle ou telle personne (D.P. 1900 - 1 - 353 S. 1900 - 1 - 80).

b) La charge de rendre à un terme autre que la mort du légataire, par exemple à la majorité, ne constitue pas une substitution prohibée.

En droit français, la jurisprudence a considérablement limité la prohibition des substitutions. En droit de la province de Québec, elle a au contraire limité la liberté des substitutions à deux degrés édictés par le code de Québec.

55. — § II. — *Au Canada, limitation de la permission des substitutions à deux degrés.*

Dans une thèse soutenue à Paris en 1938, Mlle Maurin (1) a fait remarquer que la liberté illimitée de tester, qui a été introduite au Canada par imitation du droit anglais, s'oppose foncièrement au droit successoral français.

Dès lors, le testateur ayant la faculté de disposer de ses biens comme il l'entend et pouvant inclure dans son testament telle condition qui bon lui semble il est normal que la jurisprudence canadienne limite les abus.

En matière de substitutions, le code de Québec, comme nous l'avons vu, dispose qu'une substitution ne doit pas comporter plus de deux degrés. La question s'est donc posée au Canada de savoir comment il fallait compter les degrés.

Par tête ou par souche ?

Dans la cause Jones V. Tuttebert, en 1885, la cour avait décidé que c'était par souche, mais dans la cause Barclays's Bank Ltd v. Hugh Patton, la cour du banc du roi, en 1934, a décidé qu'il fallait compter les degrés par tête. C'est une tendance à restreindre le champ d'application de la permission des substitutions.

Les commissaires dans le rapport dont ils avaient accompagné la rédaction définitive du code de Québec avaient exprimé la crainte que le régime des substitutions n'entraînât la mise hors du commerce et l'accaparement des propriétés foncières. Le rôle des tribunaux est donc d'enrayer les conséquences économiques des substitutions.

Pour cette raison, la jurisprudence canadienne décompose l'acte en éléments qui sont sensiblement les mêmes que les critères auxquels s'attache la jurisprudence française en face d'un problème analogue, mais toute latitude est laissée au juge pour rendre une substitution valable en France et nulle à Québec et, comme l'a fait remarquer Mlle Maurin : « Le code de Québec ne dressant aucun « obstacle à l'encontre des substitutions fidéicommissaires, le juge « qui l'applique ne sentira pas comme le juge de France, le besoin « d'établir une cloison étanche entre le legs de résiduo et la subs-

(1) Antoinette Maurin : « Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées », thèse, Paris, 1938, page 223.

« titution. Il trouvera même tout naturel de l'apparenter à elle et « de l'assortir des mêmes conséquences juridiques (cause Champagne « v. Bacon - cour du banc du roi, 1936) ».

Ainsi, malgré une contradiction flagrante entre les deux droits, les jurisprudences françaises et canadiennes, grâce au développement qu'elles ont donné aux exceptions dont sont munies l'autorisation d'une part, la prohibition de l'autre, sont arrivées à se rejoindre.

D'une manière générale, ce n'est pas seulement par leurs jurisprudences respectives mais aussi par l'ensemble de leur législation que ces deux droits se rejoignent.

La deuxième partie de cette thèse consacrée à l'influence du droit français moderne sur celui de la province de Québec a pour objet d'essayer de le démontrer.

DEUXIEME PARTIE

L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS MODERNE

« Ce qui rattache le droit de Québec au droit français, ce n'est « pas le fait qu'il existe à Québec un code civil.

.....

« Le droit de Québec se rattache au système français parce que « sa structure est celle du droit français et parce que les juristes « de Québec ont la même conception que les juristes français tou- « chant le rôle et les rapports de la loi, de la doctrine et de la « jurisprudence (1). »

Pour le démontrer, c'est *tout* le droit civil qu'il faudrait parcourir d'autant plus que la plupart des articles du code de Québec sont la reproduction textuelle du code Napoléon.

Le but de notre travail étant comme nous l'avons dit au début de cette thèse de mettre uniquement en lumière l'originalité du code de Québec par rapport au nôtre, nous nous bornerons, pour souligner l'influence du droit français moderne sur le droit de la province de Québec, à n'étudier que les institutions ou plutôt les branches d'institutions qui nous ont paru contenir les variantes les plus intéressantes à signaler, à savoir :

La formation du contrat ..... Chapitre I

La responsabilité du fait des choses ..... Chapitre II

La dévolution successorale ..... Chapitre III

(1) David : « Cours de législation civile comparée », doctorat, Paris, 1945-1946, page 276.

CHAPITRE I

LA FORMATION DU CONTRAT

56. — Tandis que le code Napoléon traite en deux titres distincts des contrats ou obligations conventionnelles et des engagements qui se forment sans convention, le code de Québec énonce d'abord dans quatre chapitres successifs les règles qui gouvernent les quatre sources d'obligations : contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits, loi, puis il traite de l'objet, des effets des obligations, de leurs modalités, de leur extinction, de la preuve, énonçant des principes applicables à toutes les obligations.

Le code de Québec échappe ainsi à la grande critique qu'avait suscitée notre code civil de 1804 de sembler appliquer aux seules obligations contractuelles des conséquences que les autres peuvent avoir également.

On ne trouve pas au code de Québec d'article équivalent à notre article 1101 d'après lequel : « Le contrat est une convention par « laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plu« sieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Pour les juristes canadiens, le contrat n'est pas une espèce de convention comme pour une partie de la doctrine française, mais c'est la convention juridique elle-même. Comme l'écrit M. Trudel (1) : « Le contrat est la convention juridique. On s'est habitué à distin« guer ces deux institutions en voyant le genre dans la convention « et l'espèce dans le contrat. La distinction est d'ordre philosophi« que ; dans notre droit, la convention se dénomme contrat ».

Comme en France, le principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire le principe de la liberté des conventions dominent, mais il n'y a pas d'équivalent dans le code de Québec à notre article 1134.

Le principe que les « conventions légalement formées tiennent « lieu de loi à ceux qui les ont faites » se sous-entend de l'article 13 du code de Québec qui ressemble à notre article 6 et qui est ainsi libellé :

« On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois « qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. »

Mais tandis que le principe de l'autonomie de la volonté est chez nous de plus en plus battu en brèche par les dispositions impératives et prohibitives très nombreuses, par ce que Josserand (2) a appelé le dirigisme contractuel, et ce que M. Paul Durand (3) a dénommé la contrainte étatique « se manifestant soit dans la créa-

(1) Trudel : « Traité de droit civil du Québec », Montréal, 1946, tome VII, p. 46

(2) Chronique Josserand. Dalloz Hebdomadaire, 1940, p. 5.

(3) Article de M. Paul Durand: « Revue trimestrielle de droit civil », 1944, p. 73

« tion du rapport juridique, soit dans le régime auquel ce rapport « est soumis », à Québec le droit est moins socialisé et par conséquent le principe de la liberté des conventions garde sa force.

Enfin, de même que l'article 1108 du code Napoléon énonce que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une con- « vention :

« Le consentement de la partie qui s'oblige ;

« La capacité de contracter ;

« Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

« Une cause licite dans l'obligation ».

L'article 984 du code de Québec énonce :

« Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat : « Des parties ayant la capacité légale de contracter, leur consente- « ment donné légalement, quelque chose qui soit l'objet du contrat, « une cause ou considération licite. »

Comme en France, il y a confusion entre les conditions d'existence et les conditions de validité. Etant donné que la doctrine moderne française (1) introduit une distinction rationnelle entre les unes et les autres, nous étudierons séparément ces conditions en mettant seulement en relief les particularités qui s'y rattachent dans le droit de la province de Québec.

57. — SECTION I - LES PARTICULARITES RELATIVES AUX CONDITIONS D'EXISTENCE DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROVINCE DE QUEBEC

58. — § I. — *Le consentement.*

Comme en droit français, le consentement est pour le juriste canadien l'accord de volonté des parties résultant d'une offre ou pollicitation émanant de l'une d'entre elles et acceptée par l'autre. C'est, nous dit M. Trudel (2), l'extériorisation d'un accord de volonté sur un objet et une cause.

Comme en France, la pollicitation avec délai oblige son auteur et le pollicitant ne peut retirer son offre (Renfrew Flour Mills v. Sans Chagrin - 1928 B.R. 29).

L'acceptation peut être expresse ou tacite et doit concourir avec l'offre pour former le contrat. La doctrine et la jurisprudence canadiennes et françaises sont d'accord et il n'y a pas de divergences sérieuses à signaler en ce qui concerne l'analyse du consentement.

Il en va différemment pour son rôle spécialement pour la formation des contrats entre absents (3).

---

(1) Colin, Capitant, Julliot de la Morandière. tome II, p. 29, Edition 1942, Paris.

(2) Trudel, tome VII, op. cité, p. 49.

(3) Livre souvenir des journées du droit civil de Montréal, 1936, p. 265.

a) *Système français.*

Rappelons tout d'abord que la question qui se pose est de savoir quels sont le moment et le lieu précis où se forme le contrat entre absents. Est-ce le moment et le lieu où la partie qui a reçu l'offre émet son acceptation, ou est-ce seulement ceux où l'avis d'acceptation est parvenu à la connaissance du pollicitant ? Bien que la question soit très discutée, il semble que la faveur de la doctrine et de la jurisprudence françaises (Cass. 21 mars 1932 - D.P. 1933 - 1 - 35), aille au système de l'émission de l'acceptation. C'est ce qu'écrivent MM. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière (1) :

« D'après le système que nous croyons le plus exact (système de « l'émission), le contrat se forme dès que l'acceptant a émis son ac- « ceptation. C'est cette acceptation qui noue le lien d'obligation. Du « moment que les deux volontés se rencontrent, qu'elles coexistent, « le contrat est conclu. Le fait que cette acceptation est portée à la « connaissance du pollicitant n'ajoute rien aux conséquences juri- « diques de cette acceptation ».

Cette opinion est-elle celle qui prévaut à Québec ?

b) *Système de la province de Québec.*

« Quant à la date (il faudrait dire l'heure, le moment) de la « formation d'un contrat entre absents, nous sommes aux prises « avec les mêmes difficultés qu'en France », écrivait le juge Ferdinand Roy dans le livre souvenir des Journées du droit civil de Montréal (2).

a') La cour d'appel de la province de Québec s'occupa de la question pour la première fois en 1895 à l'occasion de l'arrêt Underwood v. Maguirre 6 B R 237. A une majorité de trois juges sur cinq, la cour décida que l'acceptation devait être connue de l'offrant pour que le contrat fût formé. C'était donc la reconnaissance du système de la réception.

b') Mais en 1901, la Cour Suprême, ayant été saisie du débat à l'occasion d'un contrat par correspondance — affaire Magann Auger 31 S.C.R. 186 — décida que le contrat se forme au moment et à l'endroit où la lettre d'acceptation a été déposée, système de l'émission.

c') En 1928, dans une affaire Baril v. Charlebois — 1926 B.R. 295 — la cour d'appel de Québec ayant également adopté le système de l'émission, l'affaire fut portée devant la Cour Suprême qui « précisant qu'elle n'avait autrefois disposé que d'un contrat fait « par lettres échangées toutes les deux par la poste, affirma, en « dehors de ce cas d'agence exceptionnel et singulier, le principe « de la nécessité de la *réception* ». (3)

---

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, op. cité, tome II, p. 38.

(2) Livre souvenir, op. cité, p. 265.

(3) Livre souvenir, op. cité, p. 265.

Donc, tandis qu'en droit français, la Cour de Cassation consacre en principe l'émission, en droit canadien, *le principe est le système de la réception* et l'exception, l'émission, quand celui qui transmet a un mandat. En général, les tribunaux canadiens répugnent à consacrer l'émission qui n'est retenue que quand l'offre a été faite par la poste qui agit comme mandataire. Nettement, tous les arrêts affirment le principe que l'acceptation doit être remise à l'offrant ou à son agent autorisé pour que le contrat se forme. Comme le souligne M. Trudel (1) : « La remise de l'acceptation « à l'offrant n'est pas la même chose que la connaissance de « l'acceptation par l'offrant. La remise suffit. Dès lors, l'offrant « est présumé connaître le contenu de l'acceptation. La forme de « l'acceptation n'importe pas : lettre, télégramme, pli confié à « un commissionnaire. Dès que l'offrant l'a reçue, le contrat est « formé. Même résultat si l'offrant reçoit cette acceptation par « l'entremise de l'agent qu'il a lui-même choisi pour transmettre « son offre. Ici, la distinction entre la remise et la connaissance « de l'acceptation est capitale.

« L'agent lie l'offrant, son principal, dès la réception de l'ac- « ceptation : l'acceptation est alors très souvent inconnue de l'of- « frant. Le contrat se réalise quand même. L'offrant choisit son « agent d'une façon formelle ou tacite. Au premier cas, il n'y a « aucune difficulté. La Cour Suprême voit une élection tacite d'agent « par l'offrant dans le choix d'un intermédiaire pour communiquer « avec le futur acceptant.

« Cet intermédiaire peut être varié ; le plus souvent, c'est la « poste. Quel qu'il soit, il agit pour l'offrant : le contrat est par- « fait dès que cet agent a reçu l'acceptation de l'offre. Immédiate- « ment, l'offrant est censé en connaître la teneur.

« Telle est chez nous la règle de prudence qu'il faut se rappeler « dans la pollicitation. » (2)

59. — § II. — *L'objet.*

La partie du code de Québec traitant de l'objet est intitulée : « De l'objet des obligations ». A ce sujet, Mignault (3) fait remarquer : « La rubrique de notre code est plus exacte. En effet, il ne « s'agit pas ici de distinguer l'obligation du contrat, lequel n'est « que l'espèce, l'obligation étant le genre. Il convient au contraire « de généraliser le sujet, et du reste, en indiquant ce qui peut être « l'objet d'une obligation, on fait voir nécessairement ce qui peut être « l'objet d'un contrat ».

En ce qui concerne l'article du code de Québec correspondant à notre article 1127, l'article 1058 est ainsi libellé : « Toute obligation

---

(1) Trudel, op. cité, tome VII, p. 52.

(2) Trudel, op. cité, tome VII, p. 53.

(3) Mignault, op. cité, tome V, p. 392.

« doit avoir pour objet quelque chose qu'une personne est obligée de « donner, de faire ou de ne pas faire. » Ici aussi la rédaction est meilleure que chez nous, car aux termes de notre article 1127, « le « simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme « la chose même, l'objet du contrat ».

Cette disposition, nous dit Mignault (1), citant Mourlon, est peu « utile car il est évident que les droits d'usage, de possession et de « pleine propriété peuvent être l'objet d'un contrat. Elle est en ou- « tre dangereuse : car ne visant nommément que ces trois espèces « de droits, elle semble exclure les autres, et cependant le droit « d'usufruit, les servitudes réelles, peuvent faire l'objet d'un contrat « tout aussi bien que les droits d'usage ou de pleine propriété. »

On eut dit dans une langue bien faite : « Les démembrements « du droit de propriété peuvent être, comme la pleine propriété, « l'objet d'un contrat. »

En droit canadien, l'objet doit présenter les mêmes caractères qu'en droit français. Si c'est une chose, elle doit exister, être déterminée. Mignault fait rentrer la détermination dans le cadre de l'utilité.

Si c'est un fait ou une abstention, ce fait doit être licite, possible, personnel au débiteur.

A propos de la prohibition des pactes sur succession future, la règle est la même qu'en France. L'article 1061 du code de Québec est ainsi libellé :

« Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On « ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire « aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le « consentement de celui de la succession duquel il s'agit excepté « par contrat de mariage. »

Les cinq derniers mots : « excepté par contrat de mariage » n'existent pas dans notre code civil dont les articles 1082 et 1083 permettent cependant l'institution contractuelle en donation de biens à venir, c'est-à-dire la donation sous certaines conditions de tout ou partie des biens qu'une personne laissera à son décès.

60. — § III. — *La Cause.*

Deux articles traitent de la cause dans le code civil de la province de Québec. Ils sont ainsi libellés :

« Article 989. — Le contrat sans considération ou fondé sur une « considération illégale est sans effet ; mais il n'est pas moins « valable quoique la considération n'en soit pas exprimée ou soit « exprimée incorrectement dans l'écrit qui le constate.

« Article 990. — La considération est illégale quand elle est pro- « hibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

---

(1) Mignault, op. cité, tome V, p. 393.

« Nos articles 989 et 990, écrit Mignault (1), parlent de la considé-
« ration, ce qui me paraît être un anglicisme et remplace mal à
« propos le mot cause qu'emploie le code Napoléon et que nous trou-
« vons dans nos articles 982 et 984. Cette dernière expression est
« non seulement la seule qui soit française, mais aussi la seule qui
« soit juridique. Je m'en servirai exclusivement ».

Sans être aussi catégorique, M. le juge Ferdinand Roy s'exprime ainsi : « Notre code exige comme élément essentiel du contrat une « cause ou considération licite (2). Au mot cause (3), il a donc ajou-
« té celui de considération comme synonyme. Le mot considération
« a-t-il été pris par les codificateurs coupables de tant d'anglicismes
« dans son sens anglais ; y a-t-il dans la controverse à peser minu-
« tieusement les deux sens respectifs de ces mots, c'est de quoi on
« ne s'embarrasse pas trop à l'école. »

Et plus loin, le juge Roy ajoute :

« Notre amour-propre savoure l'honneur d'avoir sur la question « qui s'imprègne le plus nécessairement à la philosophie du droit,
« notre doctrine à nous. Cet honneur, il faut le dire, c'est à l'auteur
« de la cause des obligations et prestations que nous le devons ».

Il s'agit de la thèse publiée en 1933 à Montréal par Me J.-E. Billette, thèse d'autant plus célèbre que dans la province de Québec comme en France, les controverses sont vives au sujet de la cause.

Sans entrer dans le détail de ces polémiques, et après avoir sommairement essayé de faire le point en ce qui concerne les opinions qui s'affrontent en France au sujet de la cause, nous insisterons surtout sur la thèse de Billette non seulement à cause de son originalité mais aussi parce que, tout en rejetant certains éléments de la conception doctrinale et jurisprudentielle française, elle en retient certains autres.

61. — A. — Les différentes conceptions de la cause en droit français.

On peut les ramener à trois principales :

La Théorie classique

La Théorie anticausaliste

La Conception jurisprudentielle.

---

(1) Mignault, op. cité, tome V, p. 200, note.

(2) Cf Livre souvenir des journées du droit civil français, Montréal, 1936. Article de M. Ferdinand Roy, op. cité, p. 267.

(3) Rappelons que les textes relatifs à la cause dans le code Napoléon sont ainsi libellés :

1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

1132. La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée.

1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

1°) Théorie classique. — Exposée par Domat au XVII° siècle dans ses lois civiles en 1694, reprise par Pothier et les rédacteurs du code civil, la cause répondant à la question : « Pourquoi doit-on », « Cur debetur », est le pourquoi de l'obligation. Dans cette théorie, il faut distinguer entre :

Les *contrats synallagmatiques* (par exemple la vente) dans lesquels la cause de l'obligation de l'une des parties est l'obligation de l'autre.

Les *contrats unilatéraux* (par exemple le dépôt) dans lesquels l'obligation de restitution de l'une des parties a pour cause la remise de la chose effectuée par l'autre.

Les *contrats à titre gratuit* (par exemple la donation) dans lesquels la cause serait l'intention libérale, l'animus donandi du disposant.

Dans cette théorie, la cause serait distincte de l'objet du contrat qui répond à la question « Que doit-on » et comme elle est toujours la même dans les contrats de même catégorie, elle se distinguerait du motif qui est le mobile déterminant à contracter.

2°) *Théorie anticausaliste.* — Ernst, professeur à l'Université de Liége, Planiol (1), en France, et d'autres juristes ont soutenu que la notion de cause était fausse et inutile, et qu'il n'y avait pas à tenir compte des articles 1108, 1131, 1132, 1133 du code civil.

D'après eux, dans les contrats synallagmatiques, la notion de cause serait fausse car qui dit cause dit antériorité, or les obligations naissent en même temps. Inutile, car, quand la cause manque, c'est l'objet qui en réalité fait défaut.

S'agissant de contrats unilatéraux, on présente comme la cause de l'obligation ce qui n'est que le fait générateur de l'obligation, et s'il n'y a pas remise de la chose, le contrat ne se forme pas.

Enfin, en ce qui concerne les contrats gratuits, l'animus donandi est une totaulogie qui ne signifie rien car elle ne permet pas de faire tomber une donation si répréhensible soit-elle.

3°) *Théories causalistes modernes. Conception jurisprudentielle.*

Réagissant contre ces conceptions, le professeur Henri Capitant (2), en 1923, a au contraire soutenu que la cause était non seulement nécessaire lors de la formation du contrat, mais aussi lors de son exécution.

Pour lui, la cause est « le but qui détermine les parties à con- « tracter », tandis que Josserand assimile la cause au but, au mobile, au motif déterminant, notions qui découlent des décisions jurisprudentielles car nos tribunaux considèrent la cause d'un acte juridique comme le motif (3), le mobile concret qui détermine les parties

(1) Planiol, Ripert et Boulanger : « Traité élémentaire de droit civil », tome II, 11e édition, no 1.037.

(2) H. Capitant : « De la cause des obligations », Paris, 1923, 3e édition, 1930.

(3) Réq. 28 décembre 1938, Dalloz hebdomadaire, 1939, p. 132.

à passer un acte juridique comme le « but » qu'elles se proposent d'atteindre par cet acte (1).

Si le caractère déterminant de la cause a été retenu dans la province de Québec, la conception assimilant la cause au motif et au but, a été écartée comme nous allons le voir.

62. — B. — La notion de cause, d'après une théorie récente du droit de la province de Québec.

« Chez tous les peuples et à tous les âges de l'humanité, nous « dit Billette, le mot cause a été sur toutes les lèvres, la locu- « tion anglaise « because » vient des mots « by cause ». Elle a le « sens de « parce que » ou de « quia » chez les Romains ». Je mange parce que j'ai faim.

Or, cette notion ne doit pas perdre de sa simplicité et de son unité « quand elle est transportée dans le domaine juridique puis- « que les lois primitives n'étaient que l'expression du droit naturel » (2).

C'est un fait que la théorie de la cause est très discutée et que les opinions varient tellement à son sujet que si l'on dit aujourd'hui les « théories de la cause, il faudra peut-être dire les théories des « causes » (3). Pourtant, Billette estime qu'il est possible de trouver une notion unique de la cause des obligations ou des prestations, simple problème de logique et de droit élémentaire.

« A toute obligation, à toute prestation dans le domaine juridi- « que, il y a nécessairement une cause, le bons sens l'exige » (4), mais comme le code n'en a donné aucune définition, c'est à ses caractéristiques qu'on devra la reconnaître, et qui découlent du fait qu'élément essentiel à l'obligation puisqu'il n'y a pas d'obligation sans cause, elle doit se distinguer de l'obligation qu'elle détermine, de son objet, du consentement et de la personne qui s'oblige.

Pour Billette, la cause a donc trois caractères. Elle est essentiellement déterminante, matérielle, objective.

Déterminante, parce que son rôle est de provoquer la personne à consentir l'obligation.

Matérielle, parce que l'acte psychologique n'est du domaine juridique que s'il est extériorisé et manifesté par l'action des sens.

Objective, car la cause doit être extérieure à la personne qui s'oblige. (5)

---

(1) Laborde-Lacoste : « Exposé méthodique de droit civil », 1947, tome II, p. 44.

(2) Billette : « Traité de droit civil canadien », n° 66, Montréal, 1933.

(3) Livre souvenir, op. cité, p. 267.

(4) Billette : « Traité de droit civil canadien », op. cité, n° 68.

(5) Billette, op. cité, n° 70.

L'auteur de la cause des obligations et prestations distingue d'ailleurs entre les contrats intéressés et les libéralités :

1°) *Dans les contrats intéressés.*

Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation ou la prestation de l'une des parties, a pour cause l'obligation ou la prestation de l'autre partie. Les obligations ou prestations respectives jouent donc un double rôle et comme telles et comme cause.

« Un meuble peut être à la fois de l'ébène et une œuvre d'art. « C'est ce qu'ont oublié Ernst et Laurent et à leur suite plusieurs « contempteurs de la cause. De même que l'ébène et l'œuvre d'art « ne se divisent pas avec une scie ou une hache, de même les rôles « de prestation et de cause ne se divisent qu'intellectuellement et « idéalement ». (1).

La cause étant ce qui détermine la prestation ou l'obligation, elle se distingue du but qui est ce qui détermine le contrat.

« La cause est le moyen pour arriver au but. L'ouvrier achète « du bois, une scie, un marteau et des clous pour confectionner un « meuble. Le bois, la scie, le marteau et les clous sont la cause de « son paiement. Le but est la confection du meuble, son utilisation, « sa vente et, avec le prix en revenant, l'achat d'autre bois, d'au- « tres clous, la confection de cinq meubles, de cinquante meubles, « d'une maison, d'un château ». (2).

Les motifs sont aussi déterminants. Billette les qualifie de multiples volitions (3) qui pullulent dans le cerveau humain à l'occasion de toute opération juridique, l'amour, l'admiration, les espoirs de richesse écrasante.

« Mais tous ces motifs sont du domaine psychologique... Ils « sont immatériels, intérieurs et subjectifs. Si par exception, ils « s'extériorisent et deviennent matériels, ils n'en restent pas moins « subjectifs et personnels et n'entrent pas dans le champ contrac- « tuel ou quasi-contractuel. Motif, cause psychologique, immatérielle, « intérieure et subjective, et cause juridique, matérielle, extérieure « et objective se distinguent donc facilement. » (4)

2°) *Dans les libéralités.*

« Il y a plus de 1.700 ans, nous dit Billette dans son traité « de droit civil, en citant un texte d'Ulpien au Digeste, un juris- « consulte romain donnait de la cause des libéralités la notion « suivante :

« Nec adjecit Sabinus, hereditatem vel legatum, vel donationes « mortis causa sine non mortis causa : fortassis hoec ideo, *quia*

---

(1) Billette : « Traité de droit civil canadien », op. cité, n° 72.

(2) Billette : « La cause des obligations et prestations », Montréal 1933, no 59.

(3) Billette : « Traité de droit civil canadien », n° 71.

(4) Billette : « Traité de droit civil canadien », op. cité, n° 72.

« *non sine causa obveniunt sed ob meritum aliquod accedunt* (1), « notion des plus exactes, elle a été obscurcie par le formalisme « juridique romain qui ne tenait aucun compte de la cause.

« Elle a été reprise partiellement par Domat qui n'a pu en tirer « tout le parti nécessaire, imbu qu'il était lui aussi du formalisme « romain et des conceptions artificielles romaines. On l'a oubliée « depuis, nous la proposons de nouveau. Le mérite de celui qui « reçoit est la cause de la libéralité ».

Billette rejette donc la théorie des motifs de Planiol.

« Le motif est dans le for intérieur, dans le pur domaine psy- « chologique, donc inaccessible aux tribunaux..

« Le sentiment d'affection ne peut être une cause. Nous aimons « la chose que nous achetons, tableau d'art ou animal, nous aimons « ses qualités, beauté, bonté, etc... mais ce n'est pas l'affection qui « est la cause du prix d'achat. C'est la chose et ses qualités qui a « déterminé l'affection qui, par l'intermédiaire de l'affection et des « désirs d'utilisation qui l'accompagnent, a déclenché la volonté de « l'acheter. Il en est de même dans la donation. Le mérite du gra- « tifié, ses qualités, ses services rendus dans le passé ont par leur « considération, déclenché l'affection ou l'admiration, la compas- « sion, etc... et la volonté de donner » (2)

Repoussant aussi l'intention libérale — l'animus donandi — pour Billette, la cause des libéralités ne peut être envisagée que sous l'angle de la qualité du bénéficiaire, du service rendu ou bienfait, des œuvres de bienfaisance.

a) La qualité du bénéficiaire :

Etant donné que la société a pour base la famille, qu'elle est une agglomération de familles, Billette, faisant remarquer que les liens d'affection sont ce qu'il y a de plus fort au monde, rappelle d'abord que dans tous les temps et chez tous les peuples, l'affection a dirigé les donations et les legs vers les parents, et que la qualité de père, de mère, d'époux et d'enfant détermine les dons et legs par l'intermédiaire de l'affection naturelle.

« Cette qualité est donc la cause des libéralités entre membres « d'une même famille. Cette cause est objective, c'est-à-dire en de- « hors de la personne qui donne ou qui lègue. Elle a toutes les ca- « ractéristiques de la cause dans les contrats intéressés. Elle se « distingue comme dans tous les contrats intéressés des motifs qui « sont, dans le for intérieur, subjectifs, personnels, variables et qui « peuvent être tous les rêves de bonheur que font les pères et mères « sur les résultats de tels dons faits à leurs enfants. Il y a évidemment « que, ne recevant aucune prestation en retour, le donateur ne peut

---

(1) Digeste, XVII, II, 9.

(2) Billette : « La cause des obligations et prestations », Montréal, 1933, op. cité no 123.

« être animé par les motifs que la considération d'une contre-pres-
« tation engendre dans les contrats intéressés » (1).

b) Le service rendu ou bienfait.

Pour Billette, le « meritum aliquod », objectif proposé par Ulpien d'après Sabinus, fait allusion à la qualité du bénéficiaire.

Le « meritum aliquod » est la cause générale des libéralités désintéressées. Le service rendu, comme la qualité, se classe sous cette appellation.

c) Les œuvres de bienfaisance.

Enfin, si ce bon office, cet acte utile qu'est le service rendu est l'une des causes déterminantes de la libéralité, il est aussi par ailleurs la libéralité même. « Celui qui récompense un service rendu,
« fait une libéralité, mais il a lui-même été antérieurement l'objet
« d'une libéralité constituée par un service rendu. Le service rendu
« ou bienfait est varié. Il soulage les misères humaines. C'est l'hu-
« manité souffrante qui est secourue, les blessés et les malades des
« hôpitaux, les gueux et les parias des refuges et des asiles, les
« abandonnés, les délaissés de la fortune, des sociétés de Saint-
« Vincent-de-Paul, etc... Il récompense les actions d'éclat, les sau-
« vetages émouvants, les découvertes scientifiques, les travaux artis-
« tiques ou littéraires, le labeur incessant de l'homme de science,
« le dévouement du médecin, etc... » (2).

Telles sont les idées d'une des plus récentes théories canadiennes de la cause qu'il nous paraît intéressant de mettre en relief. Cette théorie qui fit « quelque bruit » (3) dans la province de Québec a été combattue. Dans le septième tome de son traité de droit civil paru en 1946, M. Gérard Trudel (4) écrit : « Le motif ne s'op-
« pose pas à la cause, il ne la contredit pas ; il s'y retrouve au con-
« traire tout entier. Les deux ne sont quand même pas assimilables.
« Comme le consentement psychologique, le motif a besoin d'une
« addition pour devenir juridique, pour prendre le nom de cause.
« Le problème est véritablement ici. Quelle est cette addition qui,
« attachée au motif, comme la différence spécifique se superpose
« au genre, en fera la cause ? Ce critère précieux est indispensable.
« Dans le consentement, la manifestation extérieure de l'acte de
« volonté permettrait de distinguer l'acte psychologique de l'acte
« juridique. Ainsi, faut-il chercher le signe qui différencie le motif
« de la cause... ».

.....

(1) Billette : « La cause des obligations et prestations », op. cité no 145.

(2) Billette : « La cause des obligations », op. cité, nº 158.

(3) Cf Livre souvenir, op. cité, p. 268.

4) Trudel, op. cité, tome VII, p. 111.

« Le critère n'est-il pas plus simplement ce qui toujours distin-
« gue l'ordre purement psychologique de l'ordre juridique ? Nous
« en rencontrions le type dans le consentement. L'acte volontaire
« a besoin de l'extériorisation pour devenir acte juridique. Pareille-
« ment les motifs, les préludes du consentement deviendraient la
« cause dès qu'ils sortiraient du secret de l'intellect. *La cause serait*
« *les motifs connus, avoués.* »

Enfin, il y a au Canada des juristes comme Me Perrault qui contestent l'utilité de la cause.

Pas plus qu'en France, le débat sur cette matière n'est clos chez nos cousins d'outre-Atlantique. Pourtant les articles 984, 989, 990 du code de Québec ne laissent place à aucun doute : la cause est essentielle au contrat.

63. — C. — Les applications de la cause dans le droit de la province de Québec.

1° Absence de cause :

a) Absence totale de cause. Hypothèse à laquelle on assimile la fausse cause.

De même que nos tribunaux décident que l'obligation est nulle, tantôt de nullité absolue, tantôt de nullité relative ou même inexistante (1), de même à Québec, l'absence de cause au moment même de l'accord de volonté empêche la formation du contrat.

Une partie peut attendre qu'on lui demande d'exécuter ce contrat sans cause pour en invoquer la nullité. Ainsi en a-t-il été jugé en 1945 dans l'affaire Consumers cordage co v. Saint-Gabriel Lands Hydraulic Co td S.C.R. 158.

Comme exemple de fausse cause citons l'affaire Plasse v. Plasse jugée en 1937 (C.S. 142).

« Le paiement de services rendus présupposant que celui qui paie
« les croit onéreux, ce qui le pousse à les acquitter, est l'impression
« qu'il a que leur prix est exigible. Si en droit ces services sont gra-
« tuits, il y a antinomie entre la réalité et la croyance ; la cause
« est alors insuffisante à valider l'engagement. Ceci s'est traduit
« par l'annulation d'un billet donné par un héritier en paiement de
« services — gratuits en droit — rendus au de cujus par un parent
« de ce dernier ». (2)

b) Absence partielle de cause. — En droit français, l'absence partielle de cause se traduit tantôt par la nullité, tantôt par la réduction de l'obligation, par exemple la réduction de la rénumération des mandataires salariés ou agents d'affaires qui n'ont rendu qu'une partie des services promis. Il en est de même à Québec. « Un billet
« est signé en reconnaissance d'une dette. Plus tard le signataire

---

1) Trudel, op. cité, tome VII, p. 111.

(2) Trudel, op. cité, tome VII, p. 129.

« découvre que sa dette réelle est moindre que le montant du billet. « La cause est alors aisément calculable ; la partie exacte rend le « contrat parfait ; pour le solde, l'inexactitude se résoud en une « absence totale de cause qui annule cet excédent de l'engagement. »

Ainsi en a-t-il été jugé dans une affaire Lalonde v. Rolland en 1864. La nullité partielle de la convention est cependant un principe très exceptionnel (1).

2° Cause illicite :

a) Causes illégales et contraires à l'ordre public.

On trouve en droit canadien des applications intéressantes de la cause illégale ou contraire à l'ordre public, telle la promesse que l'on ferait à quelqu'un dans le but d'écarter les enchérisseurs à une vente en justice. Affaire Duhamel v. O'Sullivan (1905) 15 B.R. 109.

Telle l'homologation par un tribunal en matière d'accident du travail d'une transaction entre le patron et l'ouvrier accidenté où les formalités exigées n'auraient pas été scrupuleusement suivies. Les formalités légales prévues par le texte législatif sont en effet un élément substantiel de la cause. Affaire Gouin v. Beauchemin et fils Ltées (1925) 41 B.R. 91.

Telle enfin la cession de droits litigieux pour fin de participation dans la somme qui serait adjugée en considération du paiement des frais judiciaires. Affaires Power v. Phelan M.D. C.A. 57. Mais le droit de la province de Québec est surtout intéressant pour son application de la cause immorale.

b) Cause immorale.

Comme la jurisprudence française, la jurisprudence canadienne appliquant la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans », refuse l'action en répétition pour les contrats qui se font dans un but de prostitution. (Baux, ventes, assurances).

En ce qui concerne les billets de reconnaissance de dettes de jeu, la nullité est certaine entre signataire et bénéficiaire, mais discutée si les billets sont transportés à des tiers :

Arrêts Dion v. Lachance (1897) 14 C.S. 77.

Biroleau v. Derouin 7 L.C.S. 128.

Une particularité à noter concerne les décrets de l'Index et on se demande dans la province de Québec dont la majorité de la population est de religion catholique romaine si le contrat dont la cause viole ses engagements est nul.

Bien que certaines décisions aient affirmé qu'il en est ainsi comme l'arrêt Gagné v. Poulin rendu en 1922, M. Trudel estime que le Saint-Office n'ayant juridiction que sur la partie de la chrétienté qui est catholique romaine, les décrets de l'Index n'auraient pas

---

(1) Trudel, op. cité, tome VII, p. 130.

de portée sur la cause quand il s'agirait d'une morale de droit civil. Pourtant, comme le fait remarquer le juriste canadien : « L'incon- « vénient d'accepter une morale variable est d'élargir et d'affaiblir « la moralité des citoyens. Fatalement on arriverait à reconnaître « des théories religieuses qui sont amorales, parfois immorales. Et « que fera-t-on lorsque des contractants n'appartiennent à aucune « religion et ont des convictions morales si larges qu'ils ne rencon- « trent jamais les frontières de l'immoralité ? » (1)

Il convient de rappeler ce qu'a écrit à ce sujet M. Ripert (2) « qu'il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique « aucune différence de domaine, de nature et de but. Il ne peut y « en avoir car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est « une idée morale, mais il y a une différence de caractère. La règle « morale devient règle juridique grâce à une injonction plus éner- « gique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre ».

64. — D. — La preuve de la cause dans la province de Québec.

En cette matière encore, le droit de Québec s'inspire du droit français tant en ce qui concerne la présomption de cause que les modes de preuves qui peuvent être administrées.

1° La cause de l'obligation doit-elle être exprimée dans un contrat ?

Tant en droit civil français qu'en droit canadien, l'existence d'une cause valable de l'engagement est présumée.

Il s'ensuit que c'est au débiteur à prouver soit l'absence de cause, soit la cause illicite, soit la fausse cause.

Cassation - req. 14 février 1941 S. 41 - 1 - 110.

Civil - 22 mai 1944 - D.H. 44 106.

Et jurisprudence canadienne :

Daoust v. Lavigne (1941).

Pas plus que le droit français, le droit de Québec ne consacre donc la validité de l'acte abstrait.

2° Les modes de preuve qui peuvent être administrés.

On sait qu'en droit français, les arrêts ont marqué pendant long-temps, en ce qui concerne la preuve de la cause, une opposition très nette entre les actes onéreux et gratuits. Pour les actes onéreux, la jurisprudence admettait tous les modes de preuve fussent-ils puisés en dehors de l'acte (système de la preuve extrinsèque), pour les actes gratuits, la preuve devait être puisée dans la teneur de l'acte (système de la preuve intrinsèque). (3)

---

(1) Trudel, op. cité, tome VII, p. 139.

(2) Ripert : La règle morale dans les obligations civiles », no 6, page 10, Paris, 1936.

(3) Laborde-Lacoste : « L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de dispositions à titre gratuit ». Cours de doctorat, 1945 (inédit).

Mais depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 2 janvier 1907 (D.P. 1907 - 1 - 137 note Colin - J. 1911 - 1 - 185 note Wahl) on peut en principe, pour les libéralités, recourir à tous les modes de preuve sauf pour les libéralités entre concubins et enfants adultérins et même pour ces derniers, depuis un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Poitiers du 23 mars 1943 (S. 44 - 2 - 45, note du doyen Hubert) on se demande si le système de la preuve extrinsèque ne devrait pas être admis. (1)

Il ne semble pas que cette discussion ait eu des échos dans la jurisprudence canadienne. M. Trudel nous dit que la jurisprudence et la doctrine de Québec s'occupent surtout du billet, type le mieux connu et le plus fréquent où se pose le problème de la preuve à l'encontre d'un écrit dont la cause est vaguement mentionnée. En effet, le plus souvent, la cause se résume aux mots « pour valeur reçue ». Certains auteurs canadiens comme Me Antonio Perrault, s'appuyant sur l'article 1234 du code de Québec aux termes duquel la preuve testimoniale ne peut être opposée à un acte écrit, soutiennent le contraire. M. Trudel estime que la preuve testimoniale est recevable.

D'une manière générale, c'est le système de la preuve extrinsèque que la jurisprudence canadienne admet :

Gatineau Co Ltd v. Barnwell (1925) 38 - B.R. 58.

Cloutier v. Poirier (1929) 35 - R.L. 436.

Ainsi, en dehors des variantes que nous venons de signaler, la théorie et les applications de la cause, comme celle des autres conditions d'existence du contrat, sont dans le droit de la province de Québec, inspirées du droit français moderne. Il y a lieu d'examiner maintenant quels sont les rapports entre les deux droits pour ce qui est des conditions de validité du contrat.

65. — SECTION II. — PARTICULARITES RELATIVES AUX CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROVINCE DE QUEBEC

Comme en France, un contrat ne doit pas seulement réunir à Québec les conditions d'existence que nous venons d'étudier.

Il doit être exempt de vices ainsi qu'il ressort de l'article 991 du code de Québec ainsi libellé :

---

(1) Laborde-Lacoste : « L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de dispositions à titre gratuit ». Cours de doctorat 1945 (inédit).

Comme l'a écrit le doyen Hubert (S 44, 2, 47) : « Ce que demande à prouver celui qui attaque un acte pour cause illicite, ce n'est pas le fait même de la filiation illégitime, mais uniquement l'opinion que s'en est faite le disposant... seulement s'il a cru à sa paternité et gratifié pour ce motif... » Puisque le législateur s'est préoccupé d'établir une charte de la famille légitime, cette restriction de la preuve intrinsèque qui préjudicie à ses droits essentiels devrait, selon M. le doyen Hubert, disparaître.

« L'erreur, la fraude, la violence ou la crainte et la lésion sont « des causes de nullité des contrats sujettes aux restrictions et règles « contenues en ce code. » (1)

En outre les parties contractantes doivent être capables comme il ressort de l'article 984 cité plus haut. (2)

66. — § I. — *Les vices du consentement.*

La théorie des vices du consentement est tellement inspirée du droit français moderne que les rédacteurs du code de Québec ont écrit :

« La comparaison des articles relatifs au consentement et aux « vices des contrats avec les articles 1109 et suivants du code français « sur le même sujet fera voir qu'on a tâché d'y donner plus de clarté « et de perfection au moyen d'une rédaction soignée et en étendant « les règles de manière à pourvoir à tous les cas. »

Comme ailleurs, c'est en se basant sur les décisions des tribunaux français que les rédacteurs du code de Québec ont essayé d'améliorer les textes du code de 1804.

Examinons chacun des vices du consentement.

67. — a) *L'erreur.*

Article 992 du code de Québec.

« L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur « la nature même du contrat, sur la substance de la chose qui en « fait l'objet, ou sur quelque chose qui soit une considération prin- « cipale qui ait engagé à le faire ».

En France le texte légal est plus restrictif. C'est ainsi qu'on lit à l'article 1110 de notre code :

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lors- « qu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

« Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que « sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à « moins que la considération de cette personne ne soit la cause « principale de la convention ».

Mais la doctrine et la jurisprudence françaises ont élargi l'article 1110 du code civil français aux dimensions de l'article 992 du code canadien si bien que les effets de l'erreur sont les mêmes dans

---

(1) Remarquer que cet article mentionne la lésion alors que le code civil français n'en parle pas à l'article 1109 rédigé comme suit : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

(2) Voir supra n° 56.

les deux droits. Mignault (1) au tome V de son traité de droit civil canadien en donne un tableau très clair que voici :

Erreur sur	La nature de la convention. L'objet même de la convention.	Contrat nul.
Erreur sur	La substance ou l'objet. La personne lorsque la considération de la personne que l'on avait en vue est entrée pour quelque chose dans le contrat.	Contrat annulable.
Erreur sur	Les qualités non substantielles. Le motif. La personne lorsque la considération de la personne que l'on avait en vue n'est entrée pour rien dans le contrat.	Contrat valable.

68. — b) *Le dol.*

« La fraude ou le dol, nous dit le code de Québec à l'article 993, « est une cause de nullité lorsque les manœuvres pratiquées par « l'une des parties ou à sa connaissance sont telles que, sans cela, « l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, il doit « être prouvé ».

Notons avec Mignault (2) une différence importante entre la rédaction de cet article et notre article 1116 ainsi libellé :

« Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les « manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est « évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas con- « tracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé ».

Dans le code de la province de Québec, le dol pratiqué à *la connaissance* de l'une des parties entraîne l'annulation du contrat, et pas dans le code civil de 1804, mais la doctrine et la jurisprudence françaises ont, comme pour l'erreur, élargi l'article 1116 aux dimensions de l'article 992. C'est ainsi que la Chambre des requêtes a annulé un contrat en 1933 parce que l'un des contractants était seul à connaître un fait qui aurait exercé une influence décisive sur le consentement de l'autre (Req. 23 mai 1933 - D.P. 1933 - 1 - 143).

---

(1) Mignault, tome V, op. cité, p. 216.

(2) Mignault, op. cité, tome V, p. 222.

69. — c) *La violence.*

Cinq articles, les articles 994 à 999, traitent de la violence au code de Québec, articles qui, sauf l'article 999, correspondent aux articles 1111 à 1115 du code civil français. En voici l'énoncé :

« Article 994. — La violence ou la contrainte est une cause de « nullité, soit qu'elle soit exercée ou produite par la partie au profit « de laquelle le contrat est fait ou par toute autre personne.

« Article 995. — La crainte produite par violence ou autrement « doit être une crainte raisonnable et présente d'un mal sérieux. « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe, au caractère et à « la condition des personnes.

« Article 996. — La crainte que subit le contractant est une « cause de nullité, soit que le mal appréhendé se rapporte à lui-« même ou à sa femme, ou à ses enfants, ou à quelqu'un de ses « proches, et dans quelques cas même à des étrangers suivant les « circonstances.

« Article 997. — La seule crainte révérentielle envers le père, la « mère, ou autre ascendant, sans aucune menace ou sans l'exercice « d'aucune violence ne suffit point pour faire annuler le contrat.

« Article 998. — Si la violence n'est qu'une contrainte légale ou « si la crainte n'est que celle produite par quelqu'un dans l'exercice « d'un droit qui lui appartient, il n'y a pas cause de nullité, mais « cette cause existe, si on emploie les formalités de la loi, ou si on « menace de les employer, pour une cause injuste et illégale, afin « d'extorquer un consentement.

« Article 999. — Un contrat ayant pour objet de soustraire celui « qui le fait, sa femme, son mari ou quelqu'un de ses proches à la « violence ou à la menace de quelque mal, n'est pas nul par suite « de telle violence ou menace pourvu que la personne en faveur de « qui ce contrat est fait soit de bonne foi et n'ait pas colludé (1) « avec la partie coupable. »

Comme pour l'erreur et le dol, les rédacteurs du code de Québec y ont incorporé les dispositions de notre doctrine et notre jurisprudence.

Bien que l'article 1112 du code civil français énonce :

« Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur « une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte « d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et « présent ».

L'article 995 qui y correspond parle de :

« La crainte produite par violence ou autrement doit être une « crainte raisonnable et présente d'un mal sérieux... » Expression

---

(1) Colludé : anglicisme, traduction de « in collusion ».

d'autant plus heureuse que c'est le résultat de la violence : la crainte qui est le véritable vice de la volonté, qu'il s'agisse de la crainte de mal physique, d'ordre moral ou simplement d'ordre pécuniaire. Le code français a d'autre part une expression moins heureuse que le code de Québec quand il parle de « mal présent » au lieu de crainte présente.

Remarquons également que si l'article 1113 du code civil français déclare que « la violence est une cause de nullité du contrat non « seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante mais « encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses « descendants ou ascendants » ce qui semble exclure à tort toute autre personne, quelque affection que le signataire du contrat ait pour une autre victime : frère, sœur, cousin, etc... (Paris, 31 mars 1906 - D.P. 1907 - 2 - 366), l'article 996 du code de Québec est encore plus large puisqu'il étend la violence à « un de ses proches ». En France, comme à Québec, les tribunaux ont tout pouvoir d'appréciation.

Quant aux articles 998 et 999, ils n'ont pas d'équivalent au code civil français, mais les solutions de notre jurisprudence y correspondent (Cass. Req. 17 novembre 1925 - S. 26 - 1 - 121, note Breton).

Signalons enfin l'article 1000 du code de Québec, suivant lequel « l'erreur, le dol, la violence ou la crainte ne sont pas cause de « nullité absolue. Elles donnent seulement un droit d'action ou une « exception pour faire annuler ou rescinder les contrats qui en sont « entachés. »

La rédaction de cet article est critiquée par les auteurs canadiens. C'est ainsi que M. Trudel (1) écrit : « Son interprétation littérale « est inexacte quand l'erreur exclut complètement le consentement... »

Cet article est d'ailleurs par trop limité, sa portée dépasse les contrats proprement dits. Il correspond à l'article 1117 du code civil français mieux rédigé.

« La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est « point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action « en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliquée « à la section 7 du chapitre 5 du présent titre. »

70. — d) *La lésion.*

Le code de Québec traite de la lésion dans douze articles : les articles 1001 à 1012 qui correspondent aux articles 1118, 1304 à 1315, 887 et 1674 du code civil français.

C'est l'article 1001 du code de Québec qui correspond à notre article 1118. Il convient de les opposer.

Article 1001 *du code de Québec.* — « La lésion n'est une cause « de nullité des contrats que dans certains cas et à l'égard de certaines « personnes, tel qu'expliqué dans cette section. »

---

(1) Trudel, op. cité, tome VII, p. 208.

Article 1118 *du code civil français.* — « La lésion ne vicie les « conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines « personnes ainsi qu'il sera expliqué en la même section. »

Apparemment ces articles sont identiques. Il y a cependant une différence totale notable. En France le majeur peut invoquer en certains cas la lésion énorme et faire annuler son contrat. L'article 1313 du code civil français le déclare formellement. Donc en France bien que la lésion n'entraîne pas en principe la nullité du contrat (article 1118) certains actes peuvent être viciés, ce sont :

1° La vente d'immeubles, lorsque le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes.

2° L'acceptation des successions, si la succession est diminuée de plus de la moitié par la découverte d'un testament inconnu lors de l'acceptation.

3° Le partage s'il lèse un copartageant de plus du quart.

4° Les actes des mineurs.

Dans le droit de Québec, le mineur est le principal bénéficiaire de la lésion. M. Trudel (1) est fort explicite à ce sujet quand il écrit :

« Nos lois n'exigent pas, en principe, l'équivalence dans les pres- « tations voulues et acceptées pour la validité des contrats onéreux. « Le contractant est le propre assureur de son imprudence. L'énor- « mité de la lésion ne saurait tempérer cette règle. Ici notre code « rompt nettement avec l'ancien droit et se sépare du droit français. « La lésion est dans notre législation une cause d'annulation excep- « tionnelle. Cette vertu dissolvante n'apparaîtra que si la lésion est « soufferte par certaines personnes et encore dans des circonstances « déterminées ».

Il s'agit des mineurs et des interdits. Les articles 1002 à 1012 du code de Québec contiennent quelques variantes avec le droit français, variantes de détails. L'écart le plus important a lieu pour l'article 1006 rédigé comme l'article 1308 du code civil français. « Le « mineur n'est pas restituable contre les conventions portées en son « contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consente- « ment et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour « la validité de son mariage ».

Dans le contrat de mariage du mineur, le tuteur français doit toujours intervenir, les formalités observées habilitent le mineur pour toutes les conventions matrimoniales ou autres.

D'autre part, dans l'hypothèse d'aliénation immobilière prévue par l'article 1009 du code de Québec, il n'est pas question du conseil de famille qui en France joue un rôle actif et n'est pas un simple organe consultatif, mais abstraction faite des fonctions diverses du

---

(1) Trudel, op. cité, tome VII, p. 228.

conseil de famille en France et dans la province de Québec, une identité parfaite existe entre les droits français et canadien sur les conséquences de l'observance des formalités requises en ce domaine. L'acte fait est juridiquement parfait et stable ; il équivaut au même acte accompli par un majeur capable.

Mais une question intéressante à résoudre est de savoir à quelle tendance se rattache le droit de Québec en ce qui concerne le problème de la lésion.

Est-ce à la tendance subjective ramenant la lésion à un vice de la volonté parce qu'elle suppose que la personne lésée s'est trompée sur la véritable valeur de la prestation, ou est-ce à la théorie objective, la lésion consistant alors en un défaut d'équivalence entre les prestations ?

Jusqu'à ces dernières années, la tendance subjective a été celle de notre droit moderne, mais cette tendance est maintenant fortement battue en brèche. « La justice sociale veut que dans certains « cas, les gens dans le besoin, les inexpérimentés soient protégés « contre ceux qui les exploitent. » (1).

C'est pourquoi la jurisprudence se reconnaît le pouvoir de réduire les rémunérations excessives demandées pour des prestations de services, notamment les honoraires des banquiers et agents d'affaires (Req. 12 janvier 1863 D.P. 63 - 1 - 302 ; 12 décembre 1911 D.P. 1913 - 1 - 129). D'autre part les lois du 29 avril 1916 en matière d'assistance et sauvetage maritimes, du 8 juillet 1907 en matière de vente d'engrais, du 10 mars 1937 en matière de vente de substances destinées aux animaux, du 29 juin 1935 en matière de vente de fonds de commerce ont accueilli la notion de lésion.

Il en va différemment au Canada d'après M. Trudel : « En « règle, l'économie juridique de notre contrat exclut l'équité et im- « pose le devoir de prudence à chacun des contractants. L'explica- « tion en est facile. L'inégalité des obligations contractées porte « atteinte à des intérêts individuels : elle n'a de portée générale « que d'une façon indirecte et lointaine. Par contre, la prudence « dans l'adhésion contractuelle est la base de toutes les relations « juridiques de cet ordre. Si la loi ne l'exige et ne la sanctionne, « l'ordre public en souffre immédiatement parce que l'incertain, « l'aléatoire dominera toute convention, la préséance du devoir de « prudence sur l'équité stricte dans les contrats apparaît ainsi com- « me une nécessité sociale ». (2)

Il semble donc que la théorie objective de la lésion n'ait peu pénétré dans la province de Québec. Dans la théorie de la lésion, il y a une idée morale qui ne peut recevoir une précision suffisante lorsqu'on veut la traduire en précepte juridique. On ne peut guère définir juridiquement « le juste prix » des choses sans être conduit

---

(1) Colin et Capitant, Julliot de la Morandière, op. cité, tome II, p. 54.

(2) Trudel, op. cité, tome VII, p. 229.

à ce système de tarification que la pénurie actuelle a fait adopter et qui est l'objet de violations incessantes. Comme l'a écrit le doyen Ripert : « Ce n'est pas la disproportion des prestations qui peut « faire tomber le contrat, c'est la révélation par cette disproportion « qu'il y a eu exploitation de l'un des contractants, qui ne repose pas « sur l'idée de spéculation. Le droit se demande s'il n'a pas eu tort « de dédaigner l'enseignement de la vieille loi morale qui fait reposer « le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat. » (1)

Puisque la lésion en droit du Canada français est comme en France une cause d'annulation exceptionnelle, on peut se demander ce qui en est de la théorie de l'imprévision ou de la révision du contrat dans le cas de lésion postérieure à sa formation.

En France, la théorie de l'imprévision admise par le Conseil d'Etat (D 1916 - 3 - 25) n'a jamais été accueillie par la Cour de cassation qui a toujours maintenu la force obligatoire des contrats (D 1917 - 2 - 33).

Dans le droit de la province de Québec : « La révision d'un « contrat est impossible, écrit M. Trudel (2), l'événement imprévu « qui puisse dégager un débiteur de sa convention doit créer une im- « possibilité absolue. La clause « rebus sic stantibus » que les contrats « moyenâgeux sous-entendaient n'est pas admise dans notre légis- « lation pour modifier un engagement clair et net. Ce n'est tout de « même pas décréter l'inutilité totale de l'état de choses existant au « moment d'un contrat. »

Commentant en effet l'article 1020 du code de Québec ainsi libellé : « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels un « contrat est exprimé, ils ne comprennent que les choses sur lesquelles « il paraît que les parties se sont proposé de contracter. » C'est l'équivalent de l'article 1164 du code Napoléon. M. Trudel ajoute (3) : « Les circonstances contemporaines d'un contrat juxtaposées aux « événements subséquents sont indispensables pour déterminer le sens « d'une clause générale, indéfinie. Le contrat n'est jamais modifié : « il est au contraire précisé avec exactitude. Mais le résultat acquis « est le même : le débiteur est dégagé de ce qu'on voulait lui imposer. « Seul le motif de cette libération a changé : ce n'est pas la révision, « c'est seulement l'interprétation de la convention. »

Non entaché de lésion, de violence, de dol ou d'erreur, le contrat est valable comme en France dans la province de Québec, il doit avoir été aussi contracté par des personnes capables. Il nous reste à étudier les particularités relatives à cette capacité.

---

(1) Ripert : « La règle morale dans les obligations civiles », Paris, 1925, no 123, page 173.

(2) Trudel, op. cité, tome VII, page 311.

(3) Trudel, op. cité, tome VII, p. 312.

71. — § II. — *Capacité des parties contractantes.*

Deux articles traitent des incapacités dans le code de Québec ; ils sont ainsi rédigés :

« *Article* 986. — Sont incapables de contracter : les mineurs, « dans les cas et suivant les dispositions contenues dans ce code, « les interdits, les femmes mariées, excepté dans les cas spécifiés « par la loi, ceux à qui des dispositions spéciales de la loi défendent « de contracter à raison de leurs relations ensemble ou de l'objet « du contrat ; les personnes aliénées ou souffrant d'une aberration « temporaire causée par maladie, accident, ivresse ou autre chose, « ou qui, à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de « donner un consentement valable ; ceux qui sont frappés de dégra- « dation civique.

« *Article* 987. — L'incapacité des mineurs et des interdits pour « prodigalité est établie en leur faveur. Ceux qui sont capables de « contracter ne peuvent opposer l'incapacité des mineurs ou des « interdits avec qui ils ont contracté. »

L'article 1124 du code Napoléon qui y correspond est beaucoup moins complet. Il ne mentionne que les mineurs, les interdits dans les cas exprimés par la loi et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats.

Et le premier alinéa de l'article 1125 du code civil français précise davantage l'incapacité du mineur et de l'interdit en disant qu'ils ne peuvent attaquer pour cause d'incapacité leurs engagements que dans les cas prévus par la loi.

D'une manière générale, les règles concernant l'incapacité du mineur (1) et de l'interdit dans la province de Québec ne varient que sur des détails avec les règles du droit français. Elles sont trop longues pour être exposées ici.

Une différence notable doit être mise en lumière. Elle concerne la femme mariée (2).

Tandis que l'article 986 du code de Québec énonce toujours que les femmes mariées sont incapables de contracter excepté dans les cas spécifiés par la loi, le nouvel article 216 du code civil français depuis la loi du 22 septembre 1942, proclame :

« La femme mariée a la pleine capacité de droit. L'exercice de « cette capacité n'est limité que par le contrat de mariage et par « la loi. »

La capacité qui est la règle en France est toujours l'exception dans la province de Québec. Bien que M. le juge Roy ait écrit en

(1) Livre souvenir des journées du droit civil, Montréal, 1936. Lire l'article, pages 155 et suivantes de M. Louis Saint-Laurent, avocat, aujourd'hui premier ministre du Canada.

(2) Code civil de Québec, édition 1945.

1936 « qu'une législation nouvelle a tellement élargi la sphère de « ces cas prévus par la loi où exceptionnellement la femme mariée « recouvre sa capacité, que dans l'application aux divers contrats, des « textes différents finissent par créer à la Française et à la Cana- « dienne des conditions juridiques qui sont les mêmes (1) », nous croyons que maintenant la situation est différente depuis la réforme française de 1942.

On sait qu'en France la loi du 22 septembre 1942 a en ce qui concerne les rapports pécuniaires nés du mariage, établi un lien très étroit entre la capacité civile et les régimes matrimoniaux dont elle n'a d'ailleurs réalisé qu'une réforme fragmentaire. Elle se caractérise d'une part par des mesures prises pour accomplir le jeu des pouvoirs conférés aux époux.

D'autre part, par l'incorporation au code civil avec modifications, des dispositions de la loi du 13 juillet 1907 relatives au libre salaire de la femme mariée.

Il convient d'examiner sous ce double aspect la situation de la femme mariée à Québec, après avoir donné une idée générale de son incapacité.

72. — A. — Les pouvoirs conférés à la femme mariée, à Québec.

73. — 1° *Généralités.*

a) *Actes judiciaires.*

Aux termes de l'article 176 du code de Québec (2) « la femme « ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de « son mari, quand même elle serait non commune ou marchande « publique. Celle qui est séparée de biens ne peut le faire non plus « si ce n'est dans les cas prévus par le dernier alinéa de l'article 177. »

Cet article qui reproduit à peu de choses près l'ancien article 215 du code civil français concerne les actes judiciaires de la femme mariée dans la province de Québec. Incapable d'agir en justice, il lui faut l'autorisation ou l'assistance de son époux, sans quoi son acte judiciaire n'existe pas (3). Cette incapacité s'applique quel que soit le rôle de la femme dans l'instance qu'elle plaide comme demanderesse ou défenderesse, quels que soient l'ordre et le degré de juridiction, quel que soit l'adversaire de la femme, même s'il s'agit de plaider contre son mari (4), quel que soit le régime matrimonial adopté. Il en était ainsi en France avant 1938, mais tandis qu'en France, l'acte judiciaire de la femme mariée sans autorisation maritale n'était entaché que de nullité relative, au Canada, le défaut d'autorisation ou d'assistance maritale entraîne la nullité radicale

(1) Livre souvenir, op. cité, p. 264.

(2) Cf code de Québec, Edition 1945.

(3) Cf Trudel : « Traité de droit civil de Québec, tome I, édition 1942, p. 503.

(4) Fisc V. Stevens, 27 L.C. 5, 228.

de l'acte judiciaire non autorisé. « Le défaut d'assistance ou d'au-« torisation peut être invoqué n'importe quand, par n'importe quelle « procédure et par toute partie intéressée, même les tiers s'ils agis-« sent par intermédiaire dans la cause ou par tierce opposition au « jugement (1) » ; mais de même qu'en France, l'ancien article 216 du code civil de 1804 prévoyait un certain nombre de cas où la femme pouvait agir en justice, au Canada, actuellement, une femme citée en justice par son mari est habilitée à se défendre (voir arrêt Lussieu v. Archambault 11 L.C. 5. 53). Sans autorisation ni assistance une femme peut demander en justice le produit de son travail personnel, les économies qui en proviennent, les meubles et immeubles acquis avec son argent (2), elle peut également se défendre sans autorisation ni assistance contre toute poursuite criminelle dirigée contre elle. Elle peut aussi, suivant la loi statutaire 1925 S.R.Q., chapitre 37, articles 62 et suivants, sans autorisation maritale, demander en justice des dommages-intérêts contre les violations de la loi des liqueurs alcooliques.

Jusqu'en 1931, la femme séparée de biens dans la province de Québec pouvait agir en justice sans autorisation seulement pour actes de simple administration. Mais, nous dit M. Trudel (3), ceci était moins que des actes d'administration. « Sa capacité d'agir en « justice était donc moins étendue que sa capacité de contracter. »

Mais la loi 21 George V, chapitre 101 (loi de 1931) a amendé l'article 176 de façon à faire disparaître toute différence entre l'incapacité d'ester en justice et l'incapacité de contracter. La femme séparée de biens a maintenant une capacité juridique uniforme dans les deux cas.

Malgré ces exceptions. le droit de la province de Québec est opposé au droit français puisque le nouvel article 216 du code civil de 1804 (rédaction de 1942) énonce :

« La femme mariée a la pleine capacité de droit. L'exercice de « cette capacité n'est limité que par le contrat de mariage et par « la loi.

« S'il n'existe plus, nous dit M. le doyen de la Morandière (4), « d'exceptions proprement dites à la capacité de la femme mariée, « l'exercice de cette capacité demeure limité (selon l'expression « légale) par les pouvoirs que le contrat de mariage et la loi accor-« dent au mari. La loi de 1942 n'a pas réalisé la refonte des régimes « matrimoniaux. Elle a conservé dans leurs lignes essentielles les « régimes anciens. Or, ces régimes prévoient des pouvoirs du mari « soit sur les biens communs aux deux époux, soit sur des biens « personnels de la femme. Les actes que la femme peut faire sont

(1) Trudel, op. cité, p. 514.

(2) Trudel, op. cité, tome I, p. 516.

(3) Trudel, op. cité, tome I, p. 519.

(4) Colin et Capitant : Mise à jour de M. Léon Julliot de la Morandière, tome I, édition 1947, page 259.

« en principe considérés comme valables, pusqu'ils émanent d'une « personne capable, mais ils n'engagent qu'elle-même et leur effi- « cacité peut être restreinte s'ils se heurtent aux pouvoirs du mari.

b) *Actes extra-judiciaires.*

« (1) Aux termes de l'article 177 du code de Québec : « La « femme, même non commune, ne peut donner ou accepter, aliéner « ou disposer entre vifs, ni autrement contracter, ni s'obliger, sans « le concours du mari dans l'acte de la 25e Section, chapitre 66.

« Si cependant elle est séparée de biens, sa capacité d'agir civi- « lement est déterminée par les articles 210 et 1422 suivant le cas ».

Ce texte inspiré de notre ancien article 217 implique que l'incapacité d'une femme mariée dans la province de Québec n'existe dans le domaine extra-judiciaire que pour les obligations qui procèdent de son consentement, formel ou tacite : les contrats, les quasi-contrats où elle pose volontairement des actes qui seront générateurs de droits et d'obligations. Dans ces limites, l'article 177 énonce comme règle très large l'incapacité d'une femme mariée. Ce domaine des actes volontaires est si important que l'incapacité de la femme est tenue en droit pour l'incapacité générale (2).

L'autorisation du mari doit être spéciale, donnée pour chaque acte, et expresse, donnée par écrit ou résulter du concours du mari à l'acte.

En France, au contraire, la femme peut accomplir tous les actes juridiques non seulement ceux relatifs à ses droits de famille (reconnaissance d'enfant, actes d'exercice de la puissance paternelle ou le testament), mais tous les actes relatifs aux biens qui sont sa propriété ou sont soumis à son administration. Elle peut faire non seulement les actes conservatoires ou les actes d'administration (recevoir des paiements, donner quittance, passer des baux, conclure des polices d'assurance), mais encore les actes de dispositions (aliéner, donner à titre gratuit ou onéreux), accepter ou répudier une succession, etc.

Ainsi, la Canadienne est-elle dans une situation beaucoup moins favorable que la Française quant à sa capacité et cette infériorité est encore accentuée si l'on se place au point de vue du jeu des pouvoirs entre époux.

74. — 2° Le jeu des pouvoirs conférés aux époux.

a) *Mandat conventionnel.* — Les lois canadiennes exigeant une autorisation spéciale pour chaque acte qu'une femme mariée désire faire, l'article 181 du code de Québec énonce que :

« Toute autorisation générale même stipulée par contrat de ma- « riage n'est valable que quant à l'administration des biens de la « femme. »

---

(1)) Trudel, op. cité, tome I, p. 524.

(2) Colin et Capitant, Julliot de la Morandière, tome I, édition 1947, p. 258.

L'article 223 du code civil français était libellé de façon identique, mais depuis la loi du 22 septembre 1942, l'article 218 du code civil stipule que « s'il n'y a pas de séparation de corps entre eux, « chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter « dans l'exercice des pouvoirs que le contrat de mariage lui attribue. »

Le mandat peut être donné par le mari à la femme et porter alors soit sur l'administration ou la disposition des biens communs ou des biens personnels du mari, soit sur l'administration des biens dotaux ou des biens personnels de la femme sous la communauté. Il peut être donné par la femme au mari, quant aux biens dont elle a l'administration et la disposition. Contrairement au droit de la province de Québec, le mandat peut être général ou spécial.

b) *Mandat judiciaire.* — Deux textes du code de Québec concernent le mandat judiciaire.

Article 178. — « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester « en jugement ou à passer un acte, le juge peut donner l'autorisa- « tion. »

Cet article vise le cas où l'un des époux possède au moins en germe un droit. Mais il a besoin pour l'exercer du concours ou du consentement de son conjoint que celui-ci refuse.

La loi lui permet de demander cette autorisation au juge, mais tandis que dans la province de Québec « Jamais l'autorisation judi- « ciaire ne peut rendre une femme capable d'exercer des droits qui « appartiennent à la communauté ou au mari (1) », ce qui était aussi vrai en France avant 1942, où la femme commune en biens, voulant disposer de ses biens propres, ne pouvait pas se passer de l'autorisation du chef de la communauté, parce que la communauté jouit des revenus des propres.

Maintenant, aux termes du nouvel article 217 du code civil français, la femme pourra solliciter de la justice l'autorisation de faire un acte de disposition que le mari refuse, non seulement si le mari n'est pas en état de manifester sa volonté, mais encore si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

A propos du mari empêché, l'article 180 du code de Québec s'exprime ainsi :

Article 180. — « Si le mari est interdit ou dans l'impossibilité « de faire connaître sa volonté en temps utile, soit par éloignement « ou autrement, le juge peut autoriser la femme soit pour ester en « jugement soit pour contracter.

« Le juge peut aussi en ce cas autoriser la femme à être mar- « chande publique, mais alors pour ce qui concerne son négoce, la « femme n'oblige pas son mari, même s'il y a communauté entre « eux. »

---

(1) Trudel, op. cité, tome I, p. 533.

Dans le cas où le mari est interné, interdit ou absent, la femme peut, à condition d'être autorisée par le juge :

1° disposer des biens communs ;

2° devenir chef de la communauté ;

3° être commerçante.

Ce texte est moins restrictif que notre ancien article 222, mais depuis la loi de 1942, le nouvel article 219 du code civil étend le mandat judiciaire à tous les cas où le mari ne peut manifester sa volonté.

Il peut être général ou spécial.

c) *Mandat légal.* — Il n'y a pas au code de Québec d'article correspondant aux articles 220-221 (rédaction de 1942) du code civil français, et qui confirment la théorie jurisprudentielle du mandat tacite.

Admis dans la province de Québec, à la fin du siècle dernier, de manière fort restrictive ainsi qu'il ressort d'un arrêt Pichette v. Morisette (26. C.S. 46) où une femme ayant acheté des effets pour son mari, celui-ci ne fut pas tenu d'en acquitter le montant étant donné d'une part que ces effets n'étaient nullement nécessaires à la vie de famille, et que d'autre part, aucune preuve de l'autorisation maritale n'avait pu être apportée pour donner satisfaction au tribunal, le mandat tacite est maintenant admis de façon très large car en 1931, la Cour supérieure a décidé que la location d'un logement était un acte relatif aux besoins du ménage engageant la responsabilité du mari et que malgré l'absence d'autorisation de sa part, il était censé avoir conféré à sa femme le mandat de passer un bail (1931 - R.S.Q. - Gratton v. Hermann - 69. C.S. 479).

Le mandat tacite permet même à la Canadienne de se livrer à des opérations de bourse, mais les deux droits se rapprochent davantage en ce qui concerne les pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée bien que subsiste encore dans la province de Québec le régime de l'autorisation maritale.

75. — B. — La situation juridique de la femme qui exerce une profession séparée, dans la province de Québec.

76. — 1° Nécessité de l'autorisation maritale.

« La femme si elle est marchande publique, nous dit l'article « 179 du code de Québec, peut sans l'autorisation de son mari, s'obli- « ger pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige aussi « son mari, s'il y a communauté entre eux.

« Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisa- « tion expresse ou présumée. »

Cet article énonce des principes identiques à l'ancien article 220 du code civil français, rédaction de 1804 (1) abrogé par la loi du 18 février 1938 et à l'ancien article 4 du code de commerce. De même qu'en France « l'on admettait que le consentement du mari « pouvait être général (valant par suite autorisation pour tous les « actes à accomplir dans la profession) et tacite, le mari était censé « avoir autorisé sa femme du moment qu'il ne s'opposait pas expres- « sément à l'exercice de la profession » (2), le code de Québec nous dit que l'autorisation maritale peut être présumée.

« Cette autorisation présumée, nous fait remarquer M. Trudel « (3), est plus large que l'autorisation tacite dont il a été question « sous l'article 177 ; en effet, l'autorisation tacite ne résultait alors « que du concours du mari dans l'acte posé par sa femme. Or, ici, « l'autorisation présumée peut résulter non seulement de la part « active que le mari prendrait dans les actes commerciaux de sa « femme, mais aussi de toute circonstance et de tout indice établis- « sant sa connaissance de l'activité commerciale de son épouse. « Cette simple connaissance sans protestation est une autorisation « suffisante. » Shorvy v. Radfort 5 R. de J. 42.

Une question controversée en France avant la loi de 1938 était de savoir si, en cas d'absence ou de refus du mari, le tribunal pouvait autoriser la femme à exercer une profession. Certaines décisions jurisprudentielles avaient répondu par la négative (Lyon 16 janvier 1869 D.P. 69 - 2 - 29) ; d'autres penchaient en faveur de la possibilité de l'autorisation en justice (Lyon 3 mars D.P. 1908 - 2 - 33).

Le droit de la province de Québec est formel à ce sujet. La règle générale est que, sauf le cas de l'article 180 (mari interdit), le juge ne peut substituer son autorisation à celle que le mari refuse (affaire Spinelli 8 R.P. 346 ; Aubin v. Chevrier 27 R.P. 403). Cette règle nous dit M. Trudel, n'a subi, en pratique, aucune exception quand il y avait communauté de biens. C'est également l'avis de M. Perrault (4).

Dans le droit moderne français, depuis la loi du 22 septembre 1942 qui a modifié les articles 223 du code civil et 4 du code de commerce « La femme peut exercer une profession séparée de celle « de son mari, à moins que ce dernier ne s'y oppose ».

---

(1) L'ancien article 220 du code civil français était rédigé comme suit : « La « femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, « s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et, au dit cas, elle oblige aussi son « mari, s'il y a communauté entre eux. »
Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.
L'ancien article 4 du code de commerce énonçait :

« La femme ne peut être marchande publique sans le consentement du mari. »

(2) Colin et Capitant, revu par M. de la Morandière, tome III, édition 1947, page 231.

(3) Trudel, op. cité, tome I, page 540.

(4) Antonio Perrault : « Traité de droit commercial », Montréal, 1936, tome II, page 670.

Désormais, la question de l'autorisation par la justice n'est plus controversée, en cas de refus du mari, la femme a un recours. D'autre part, si la femme a passé outre le refus du mari, la sanction n'est pas la nullité mais seulement l'amende.

Donc, les deux droits français et canadien diffèrent sur ce point ; ils se rejoignent cependant en ce qui concerne les biens réservés.

77. — 2° Le libre salaire de la femme mariée.

C'est l'article 1425 nouveau du code de Québec qui en traite :

« Sous tous les régimes et sous peine de la nullité de toute « convention stipulant le contraire, les revenus du travail personnel de la femme, les économies qui en proviennent, et la propriété mobilière et immobilière acquise par elle par le placement « de ses économies sont réservés à l'entière administration de la « femme.

« La femme peut sans autorisation revendiquer même en justice la propriété ainsi réservée et elle peut l'aliéner à titre onéreux. »

Ce texte est très semblable aux dispositions de la loi française du 13 juillet 1907 incorporée depuis la loi du 22 septembre 1942 dans les nouveaux articles 224, 225 et 226 du code civil français.

Aux termes du nouvel article 224 du code français « Lorsque « la femme exerce une profession séparée de celle de son mari, les « biens acquis par l'exercice de son activité professionnelle sont sous « tous les régimes réservés à son administration et à sa jouissance « pendant la durée du mariage. Elle a sur les biens qui lui sont ainsi « réservés les droits de disposition que la femme séparée de biens « par contrat possède sur ses biens personnels. »

Bien que l'article 1425 a) du code de Québec ne parle pas de profession séparée comme l'article 224 français, au Canada comme en France, pour qu'une femme puisse acquérir des biens réservés, il faut :

Qu'elle exerce une *profession,* c'est-à-dire non seulement une vraie profession, mais encore n'importe quel travail de la femme (ouvrière, employée, avocate, artiste).

Séparée, car au Canada comme en France, le travail commun des deux époux est en dehors du texte de l'article 1425. Il n'y a pas de biens réservés quand la femme collabore soit à égalité soit sous la direction de son mari, mais encore ne faut-il pas que dans cette collaboration, la femme ait un gain séparé, car alors il y a travail séparé et biens réservés.

Avec l'autorisation de son mari au Canada et sans son opposition en France.

La loi française de 1907 reconnaissait comme biens séparés :
les produits du travail ;
les économies en provenant ;
les acquisitions en valeurs mobilières et immobilières.

C'est la formule de l'article 1425 du code canadien. On retrouve encore l'influence du droit français.

Le nouvel article 224 du code civil français ne comprend plus pareille analyse. Il est plus synthétique, quand il énonce :

« Lorsque la femme exerce une profession séparée de celle de « son mari, les biens acquis par l'exercice de son activité profes- « sionnelle sont, sous tous les régimes, réservés à son administra- « tion et à sa jouissance pendant la durée du mariage. Elle a sur « les biens qui lui sont ainsi réservés les droits de disposition que « la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens « personnels. »

Enfin, notons que dans la province de Québec comme en France les biens réservés ne sortent pas de la communauté, celle-ci en demeure propriétaire quoique la femme seule en ait l'administration.

Ce parallèle sommaire entre la situation juridique de la femme mariée dans le code de Québec et dans le code civil français fait bien ressortir l'influence du droit français sur le droit canadien dans la formation du contrat, influence qui se manifeste non seulement sur la capacité des parties contractantes et l'absence de vices de la volonté : conditions de validité, mais aussi sur les conditions d'existence du contrat : consentement, objet, cause, nous l'avons vu plus haut.

Il en est de même quant à l'effet des contrats « Selon les deux « codes, le contrat ne lie que les parties contractantes et leurs ayants « cause » et les cas où la stipulation pour autrui est sanctionnée sont exceptionnels. La jurisprudence canadienne s'est mise d'accord avec la doctrine française dans le cas de tiers indéterminés mais déterminables.

Mais il est une autre source d'obligations où se manifeste l'influence du droit français, il s'agit des délits et quasi-délits.

Cette influence est particulièrement intéressante à mettre en relief, en ce qui concerne la responsabilité du fait des choses inanimées.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES INANIMEES

78. La responsabilité est bien l'institution du droit civil de la province de Québec où l'on retrouve spécialement l'influence française mais avec le plus de variantes.

« C'est le droit français qui est notre droit sur ce sujet », écrivait Langelier (1) dans son cours de droit civil au début du siècle et il suffit de lire les articles 1053 à 1056 du code de Québec correspondant avec quelques modifications à nos articles 1382 à 1386 pour s'en convaincre.

L'article 1053 (2) qui traite de la responsabilité de l'auteur d'un acte dommageable imputable a sa faute personnelle, et qui équivaut a nos articles 1382-1383 n'appelle que deux remarques principales. Tout d'abord que le système de l'abus du droit comme celui de l'enrichissement sans cause si fréquemment invoqués par la jurisprudence française, ont au Canada une portée plus restreinte à cause du caractère plus individualiste du droit. En second lieu, qu'on n'accorde pas dans la province de Québec de dommages-intérêts en compensation du dommage moral et que la question est controversée pour le dommage indirect (3).

Passons à l'article 1054 ainsi rédigé :

« Elle est responsable, non seulement du dommage qu'elle cause « par sa propre faute mais encore de celui causé par la faute de « ceux dont elle a le contrôle et par les choses qu'elle a sous sa « garde.

« Le père, et après son décès, la mère, sont responsables du dom- « mage causé par leurs enfants mineurs.

« Les tuteurs sont également responsables pour leurs pupilles. « Les curateurs, ou autres ayant légalement la garde des insensés, « pour le dommage causé par ces derniers.

« L'instituteur et l'artisan pour le dommage causé par ses élèves « ou apprentis pendant qu'ils sont sous sa surveillance.

« La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la per- « sonne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher « le fait qui a causé le dommage.

« Les maîtres et commettants sont responsables du dommage « causé par leurs domestiques et ouvriers dans l'exécution des fonc- « tions auxquelles ces derniers sont employés. »

(1) Langelier : Cours de droit civil, tome III, op. cité p. 461.

(2) Article 1053 : « Toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté ».

(3) Cf Edouard Lambert : « Introduction à l'étude du droit comparé », tome II, article de M. F.-P. Walton : « La responsabilité dans le droit civil moderne, plus particulièrement dans le droit français comparé avec la théorie anglaise du délit civil » (torts).

La rédaction diffère de l'article 1384 du code civil français :

« On est responsable non seulement du dommage que l'on cause « par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait « de personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous « sa garde. »

Loi du 7 novembre 1922 : « Toutefois, celui qui détient à un titre « quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers « dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis- « à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie que s'il est « prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des per- « sonnes dont il est responsable.

« Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre pro- « priétaires et locataires qui demeurent régis par les articles 1733 et « 1734 du code civil.

« Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du « dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

« Le maître et les commettants du dommage causé par leurs do- « mestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont em- « ployés.

« Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs « élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveil- « lance. »

Loi du 5 avril 1937 : « La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins « que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu em- « pêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

« En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou « négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dom- « mageable, devront être prouvées conformément au droit com- « mun par le demandeur à l'instance. »

Envisageant les deux genres de responsabilité dont il est question dans ces articles :

responsabilité pour le fait ou la faute d'autrui,

responsabilité pour le dommage causé par les choses dont on a la garde, le grand juriste canadien Mignault (1) a fait remarquer que l'énumération de l'article 1054 était plus complète que celle de l'article 1384.

« Les maîtres et commettants sont compris dans l'énumération « de l'article 1384, les père et mère, etc., et exclus de celle de l'ar- « ticle 1054.

« Dans ce dernier article, il en est question au dernier alinéa « de telle sorte que ce que j'appellerai la clause d'exonération con-

---

(1) Livre souvenir des Journées du droit civil, Montréal, 1936, article Mignault, p. 337.

« tenue dans l'avant-dernier alinéa de l'article 1054 (c'est le dernier « alinéa de l'article 1384) ne s'applique pas aux maîtres et com- « mettants. Le résultat est le même sous l'article 1384 puisque sa « clause d'exonération énumère les personnes qu'elle exonère et les « maîtres et commettants ne sont pas compris dans l'énumération. »

D'autre part, tandis qu'en France, la responsabilité du maître ne se restreint pas à un fait délictueux commis par le serviteur ou préposé dans l'exercice de ses fonctions, mais le rend encore responsable alors même que ce fait ne s'est produit qu'à l'occasion des fonctions (1), le droit canadien exige comme base de la responsabilité que le fait délictueux ait été commis dans l'exercice même des fonctions du préposé (2).

Mais c'est surtout pour la responsabilité du fait des choses que les deux droits sont intéressants à comparer tant en ce qui concerne le principe général de cette responsabilité que son fondement.

79. — SECTION I. — PRINCIPE GENERAL DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES INANIMEES

80. — § I. — *Le principe. Evolution de la doctrine et de la jurisprudence dans les deux droits.*

On sait qu'en France, l'alinéa premier de l'article 1384 fut longtemps tenu pour une disposition sans portée propre, pour une simple annonce des textes qui le suivaient. Lorsque les accidents, spécialement ceux causés par l'outillage industriel, obligèrent à donner aux victimes une protection plus efficace que celle de l'article 1382 obligeant l'ouvrier à prouver la faute du patron, doctrine et jurisprudence s'arrêtèrent sur l'article 1384 et y trouvèrent un principe général de responsabilité du fait des choses dispensant la victime de prouver la faute commise par le « gardien » de la chose inanimée (3) : « On est responsable du dommage causé par le fait... des choses que « l'on a sous sa garde. »

Laurent, le premier, avait soutenu cette thèse qu'adoptèrent plus tard quelques juridictions à la suite des accidents dus aux batteuses mécaniques. Mais ce n'est qu'en 1896 (Civ. 18 juin 1896, D.P. 97, 1, 433) que l'éclatement de la chaudière d'un remorqueur conduisit la Cour de Cassation à consacrer la thèse nouvelle.

Saleilles et Josserand firent découler de l'arrêt de 1896 toute la responsabilité du fait des choses et c'est ainsi que le texte de l'article 1384, alinéa premier, jusque-là ignoré en doctrine et en jurisprudence a acquis « droit de cité ».

---

(1) Cassation Req. 4 juillet 1938, G.P. 38, 2, 655. Voir aussi « Revue trimestrielle droit civil », 45, p. 268, note 3, H. et L. Mazeaud.

(2) Cf « Revue trimestrielle de droit civil », 1936. Commentaire de la jurisprudence canadienne par M. Lepaulle, no 2. Ce commentaire explique un arrêt de la Cour d'Ottawa du 27 février 1933.

(3) Mazeaud : « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », édition 1947, tome I, n° 72

Au Canada, dans la province de Québec, ce n'est qu'en 1909, à propos de la cause Shawinigan Garbide Co v. Doucet 1909, 42, Can S.C.R. 281, que l'article 1054 fut considéré comme énonçant le principe général de responsabilité du fait des choses.

Jusque-là l'article 1054 n'était considéré que comme la continuation de l'article 1053 qu'il servait à expliquer et c'est à propos d'un accident du travail que la Cour suprême du Canada a adopté une attitude analogue à celle qu'avait prise la Cour de Cassation en 1896.

« 1896 et 1909, nous dit Mlle Maurin, dans sa thèse soutenue en « 1938 à Paris, évoquent des époques où la jurisprudence devait fai- « re appel à la seule lumière des principes généraux de la respon- « sabilité.

« En 1909 dans la province de Québec, de même que dans la « France de 1896, aucune législation spéciale ne régissait encore les « accidents de travail. Non seulement ces arrêts devançaient la loi, « mais encore ils en hâtaient la promulgation. » (1).

Cette évolution jurisprudentielle fut plus tardive au Canada pour deux raisons :

D'une part parce que l'article 1054 du code de Québec débutant par « elle » au lieu de « on » comme l'article 1384 français, se rattache plus strictement à celui qui le précède.

D'autre part la formule d'exonération de responsabilité est dans l'article de Québec plus générale que celle de notre code civil.

81. — § II. — *Les conditions d'application du principe dans les deux droits.*

82. — 1° La garde et le gardien.

Rappelons qu'en France, jusqu'à une époque récente, la doctrine et la jurisprudence distinguaient d'une part la garde matérielle simple détention, pouvoir de fait sur une chose, exclusif de toute responsabilité, et d'autre part, la garde juridique, pouvoir de direction sur la chose, générateur de responsabilité.

« Exercer un pouvoir de fait sur une chose, en avoir la déten- « tion, la garde matérielle, et puis, en être responsable aux termes « de l'article 1384, alinéa 1, être tenu par ce texte de l'obligation de « la garder, en être proclamé « gardien » par la loi, en un mot, en « avoir la garde juridique, cela fait deux. Chacun se plait aujourd'hui « à reconnaître que cette distinction est la clef de la responsabilité. »

Ainsi s'exprimaient MM. Mazeaud (2) dans leur traité de responsabilité, édition 1931.

C'est ainsi que le voleur d'une automobile, par exemple, n'ayant que la garde matérielle, ne pouvait pas se voir imputer les consé-

---

(1) Antoinette Maurin : « Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées », thèse Paris, 1938.

(2) Mazeaud : « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », édition 1931, tome I, n° 1.159.

quences d'un accident incombant au volé, parce que celui-ci avait seul la garde juridique.

Mais depuis le célèbre arrêt des chambres réunies du 2 décembre 1941 (S. 1941, 1, 217) la Cour de Cassation ayant décidé que le gardien étant « celui qui a l'usage, la direction et le contrôle de la « chose » dans le cas d'accident causé par une automobile volée, c'est le voleur qui doit être considéré comme le gardien responsable, le volé privé de l'usage, de la direction et du contrôle de la voiture n'en ayant plus la garde et n'étant plus dès lors soumis à la présomption de responsabilité édictée par l'article 1384, alinéa 1.

Cette conception est celle du droit de la province de Québec, mais tandis qu'elle est récente en France, dès 1926, on a jugé au Canada dans la cause Gervais v. Moffat 33, R.J. 13, qu'un propriétaire n'est pas responsable si le conducteur de sa machine s'en est emparé « à son insu ». Le gardien doit donc être celui qui se trouve dans la possibilité de prendre les mesures destinées à parer à l'éventualité du dommage. Il faut qu'il puisse exercer une surveillance effective de la chose dommageable : sinon, il ne pourrait être question de lui reprocher aucune faute dans la garde qu'il assume.

C'est cette surveillance qui est essentielle dans la notion de garde car, ainsi que l'a fait remarquer M. Flour :

« On ne commande pas à une chose, on ne dirige pas une chose « qu'on ne détient pas personnellement. Le pouvoir constitutif de la « garde ne peut s'entendre alors qu'un droit de direction à l'égard « du détenteur de la chose : c'est le droit de donner des ordres à « celui-ci sur la manière d'utiliser la chose. » (1)

83. — 2° La nature de la chose, la notion de fait de la chose dans les deux droits.

Depuis l'arrêt des chambres réunies du 13 février 1930, connu sous le nom d'arrêt Jeand'heur, toutes les choses, pourvu qu'elles soient inanimées, peuvent donner lieu à responsabilité.

L'article 1384, alinéa 1, s'applique alors même que la chose est actionnée par la main de l'homme, il joue sans qu'il soit nécessaire que la chose « ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de cau- « ser le dommage. » Ces deux premières règles condamnant la distinction longtemps reçue du fait autonome de la chose et du fait de l'homme, l'article 1384, alinéa 1, vise les choses, qu'elles soient ou non dangereuses. Plus généralement, aucune distinction ne peut être faite entre les choses (2) d'après leur nature intrinsèque, mais si la chose n'a pas échappé au contrôle de l'homme, seul l'article 1382 peut jouer, car l'article 1384 rattache la responsabilité à la garde de la chose non à la chose elle-même.

---

(1) Flour : « Revue critique de législation et jurisprudence », 1938. Responsabilité civile. Examen doctrinal de jurisprudence, p. 338.

(2) Mazeaud, op. cité, édition 1947-48, tome II, nos 1.211 et suivants.

Il en va différemment au Canada. Alors qu'en France « il y eut « un temps où la notion de danger de la chose a été érigée en pivot « central autour duquel gravitait l'argumentation juridique, dans la « province de Québec, on n'a jamais cherché à la substituer au fon- « dement de la faute ; pourtant les juges l'ont fait entrer en ligne « de compte dans l'appréciation de la conduite du gardien. Leur sé- « vérité se trouve en relation directe avec le caractère plus ou moins « dangereux de la chose inanimée. Dès lors il ne sera pas toujours « aisé pour le gardien de démontrer l'impeccabilité de sa vigi- « lance. » (1)

D'autre part, le droit de la province de Québec ne semble pas encore à une époque récente, avoir abandonné la distinction entre le fait de l'homme et le fait de la chose, tout au moins si l'on se réfère aux termes de l'arrêt Calpron rendu en 1934 (Cause Calpron v. C. N. R. C° 1934, S.C.R., 189) ainsi libellé : « Nous croyons que toutes « les choses inanimées sont susceptibles d'échapper au contrôle et « à la garde matérielle de l'homme, même celles qui sont demeurées « inertes. Ces dernières, en effet, demeurent soumises aux lois physi- « ques, à l'action des forces surnaturelles. Sous l'empire de ces forces, « elles peuvent échapper à l'action de leur gardien, elles ne lui « obéissent plus : il y a fait de la chose et non de l'homme ».

Le maintien de ce critère au Canada n'a d'ailleurs pas d'inconvénient puisque la responsabilité de l'automobiliste se trouve soumise à une réglementation statutaire (2). « Quand un véhicule automo- « bile cause une perte ou un dommage à quelque personne dans un « chemin public, le fardeau de la preuve, que cette perte ou ce dom- « mage n'est pas dû à la négligence ou à la conduite répréhensible « du propriétaire ou de la personne qui conduit le véhicule automo- « bile, incombe au propriétaire ou à la personne qui conduit le vé- « hicule automobile ». Article 53, loi des véhicules automobiles, statuts refondus de Québec, 1925, article 53.

84. — 3° Lien de causalité.

Il semble que l'intervention de la chose doive être « active », qu'il faille, comme en France, un « fait actif » et non « passif », que la chose ait joué un rôle « causal », qu'il y ait relation de cause à effet entre la chose et le dommage ; dès que l'intervention de la chose est démontrée par la victime, elle est présumée causale.

85. — § III. — *Participation à l'usage gratuit de la chose, en connaissance des dangers courus, acceptation des risques.*

Tandis qu'en France, depuis l'arrêt du 27 mars 1928 (S. 28, 1, 353), la Cour de Cassation a décidé que pour « la victime d'un dommage « causé par une chose à l'usage de laquelle elle a participé, à titre

(1) Antoinette Maurin : « Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées », op. cité, p. 169.

(2) Antoinette Maurin, op. cité, p. 170.

« gracieux, en pleine connaissance des dangers auxquels elle s'ex-« posait elle-même », on ne pouvait appliquer l'article 1384, alinéa 1, au Canada français, comme l'a souligné Mignault, le transporteur bénévole est responsable de l'accident d'automobile.

« Je ne vois pas pourquoi, nous dit le grand juriste canadien, la « personne ainsi transportée n'aurait pas une action pour tous ses « dommages-intérêts, lorsqu'elle a été blessée par la faute, même « légère du conducteur. Le fait qu'elle ne payait pas son transport « me semble indifférent. Il y a une décision conforme de notre Cour « d'Appel : Parents et autres v. Carneau, R.E. 54, B.R. 335. Je sup-« pose, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu acceptation volontaire du « risque. » (1)

Certains arrêts canadiens considèrent d'ailleurs eux aussi que du fait que l'invité est transporté gratuitement il est censé accepter tous les risques de la promenade (Cour supérieure, cause Pineau v. Pezzuello, 39, T. R.L. 131) et ne peut exercer aucun recours contre son conducteur si celui-ci manifeste la prudence d'un bon père de famille (R.J.Q. 68, C. S. p. 42). Cette prudence peut être mise en défaut par une fausse manœuvre de sa part ou par un excès de vitesse.

Quoi qu'il en soit, les règles gouvernant la responsabilité en cas de participation à l'usage gratuit de la chose sont différentes dans les deux pays. Il existe une dernière différence qui se réfère à la force de la présomption.

86. — § IV. — *Force de la présomption.*

De l'arrêt Jeand'heur rendu par les Chambres réunies de la Cour de Cassation le 13 février 1930 (2), découle que la présomption ne tombe pas et le gardien reste tenu même s'il démontre :

Qu'il n'a commis aucune faute,

ou que la cause du dommage est inconnue (l'accident anonyme étant à la charge du gardien) ; d'autre part que ce même gardien ne peut s'exonérer qu'en administrant la preuve d'une cause étrangère ne lui étant pas imputable, à savoir :

soit le cas fortuit ou la force majeure,

soit la faute de la victime,

soit le fait d'un tiers (3).

L'article 1384, alinéa 1, édicte donc en droit français une présomption légale irréfragable ne pouvant tomber que devant la preuve de faits précis et limités. En est-il de même dans le droit de Québec pour l'article 1054 ?

(1) Livre souvenir, op. cité, p. 338.

(2) S. 1930, 1, 121.

(3) Laborde-Lacoste : « Exposé de droit civil », tome II, Sirey, 1947, p. 193.

La question fut résolue au Canada, non en 1909 lors de la « découverte » de l'article 1054, mais en 1920 et en 1922, à propos de deux arrêts du Conseil privé (1).

« Québec railway light, heat and Power Cy v. Vandry 1920, A. C. 622.

« City of Montreal v. Watt Scott Ltd, 1922, 2 A C. 555 ».

On crut tout d'abord dans la cause de Vandry que le porte-parole du conseil privé, se bornant à l'interprétation littérale de l'article 1054, avait écarté le concept de présomption simple en déclarant que la responsabilité du gardien « dérive de la loi seule », ce qui eût été conforme à la décision prise par notre Cour de Cassation dans l'arrêt Jeand'heur.

Mais dans la seconde affaire jugée en 1922 (cause Watt v. City of Montreal) Lord Dunedin qui se prononçait en cette matière, a nettement affirmé qu'il laissait au gardien de la chose la faculté de s'exonérer en prouvant qu'il ne lui était possible de prévenir l'accident par l'utilisation de « moyens raisonnables » (by reasonable means) et il ajoute : « It (cette clause) does not denote an absolute « inability » ; c'est-à-dire, le défendeur n'est pas astreint à démontrer qu'il lui était absolument impossible d'empêcher le fait dommageable.

« On peut donc conclure, avec Mignault, que le défendeur, dans « le droit de Québec, pour se disculper, n'est pas obligé de prouver « soit la faute de la victime, ou bien le cas fortuit ou la force ma- « jeure comme l'exige la jurisprudence française, mais qu'il échappe « à la responsabilité s'il fait voir qu'en prenant toutes les précautions « que suggère la prudence, il n'aurait pu prévenir le fait domma- « geable. » (2).

Donc opposition entre les deux droits au sujet de la force de la présomption de responsabilité irréfragable en France, simple à Québec. Il existait une autre opposition disparue maintenant, elle concerne la célèbre théorie du risque créé.

87. — SECTION III. — FONDEMENT DE LA PRESOMPTION DE RESPONSABILITE DANS LES DEUX DROITS

88. — § I. — *Rappel de la théorie du risque.*

On sait qu'il s'agit d'un système considérable par le nombre et l'autorité des auteurs qui l'ont préconisé notamment Saleilles et Josserand.

---

(1) On sait que le Conseil privé d'Angleterre est une Cour d'appel en dernier ressort pour tout l'Empire britannique, sauf l'Angleterre et l'Ecosse justiciables de la Chambre des Lords. Le statut de Westminster 22 Geo V, ch. 4, laissait le Canada libre d'abolir cet appel. C'est chose faite depuis le mois d'octobre 1949.

(2) Cf article Mignault : « La responsabilité délictuelle dans la province de Québec ». Livre souvenir, op. cité, p. 339. Antoinette Maurin : « Le rôle créateur du juge », op. cité, p. 169. « Revue du droit », 1934-1935 ; Chronique de jurisprudence, responsabilité civile, p. 488, article Lionel Roy.

Si la plupart des théoriciens du risque admettent que les articles 1382-1383 (responsabilité du fait personnel) reposent sur la faute, si certains d'entre eux consentent à reconnaître que la responsabilité du fait d'autrui (article 1384, alinéa 2) est, elle aussi, une responsabilité à base de faute, il n'en est pas un qui fasse des concessions sur le terrain de la responsabilité des animaux et des choses inanimées. Ils voient tous dans l'article 1384, alinéa 1, et dans l'article 1385 la consécration dans un domaine spécial — mais qu'ils s'efforcent d'étendre le plus possible — de la théorie de la responsabilité objective à base de risque. Le gardien d'une chose doit réparer le dommage causé par cette chose sans qu'on ait à se préoccuper s'il a ou non commis une faute, uniquement parce qu'il profite de cette chose. Les risques doivent être la contrepartie du profit : ubi emolumentum ibi onus (1). Tout problème de responsabilité se ramenant à une « question de causalité entre une activité et un dommage et qu'on peut « résumer dans le dicton populaire « qui casse les verres les paye » (2). « Le risque est donc pour celui qui le crée la contrepartie du profit « qu'il retire de son activité.

Ignorée en jurisprudence jusqu'à l'arrêt du 16 juin 1896 (D. P. 97, 1, 433) à la suite duquel la loi du 9 avril 1898 concernant les accidents du travail fut promulguée, la théorie fut surtout invoquée pendant la deuxième décade de l'entre deux guerres après l'arrêt Jeand'heur du 13 février 1930 (D. P. 1930, 1, 57) et surtout après les arrêts du 3 mars 1936 (D. P. 1936, 1, 81) concernant l'auto volée et l'arrêt de la Chambre civile du 16 mars 1937 (D. H. 1937, p. 297).

Dans l'article publié à cette époque au Dalloz hebdomadaire, Josserand (3) écrivait que dire au gardien : « Vous êtes responsable « parce que vous êtes présumé avoir commis une faute dont vous « n'êtes point admis à prouver que vous êtes innocent revient à détacher sa responsabilité de cette notion de faute réduite au rôle « d'un simple procédé technique auquel la jurisprudence avait recours pour atteindre l'objectif poursuivi tout en ménageant la « tradition séculaire à laquelle elle consentait cette politesse de pure « forme. »

Et M. René Savatier (4), dans son traité de la responsabilité civile soutenait la même idée en disant : « Il reste donc acquis que « la jurisprudence reconnaît aujourd'hui sur le fondement des articles 1384 et suivants des responsabilités sans faute. Ces responsabilités sans faute ne peuvent, en raison et en bonne justice, se « fonder que sur une contrepartie : l'intérêt que la personne responsable attachait à l'activité dommageable. Qu'on le veuille ou

(1) Mazeaud, op. cité, édition 1947, tome I, n° 349.

(2) Lalou : « Les cahiers du droit civil », 1945, n° 1, les reculs de la théorie du risque.

(3) D. H. 1938, 65, article de Josserand : « Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses. »

(4) René Savatier : « Traité de la responsabilité civile », 1939, tome I, p. 359.

« non, il faut ainsi reconnaître le droit de cité que la théorie du « risque s'est acquise en droit français ».

Pourtant, déjà la plupart des civilistes contemporains tenaient ferme pour la faute comme principe général de responsabilité civile et M. Ripert (1) rejetait même l'expression de responsabilité objective en écrivant : « Une responsabilité qui serait objective consti- « tuerait un retour à la règle barbare de la vengeance exercée sur « l'instrument du dommage, et encore cette expression moderne « conviendrait-elle bien mal à la rudesse de la règle ».

89. — § II. — *Sa non-admission dans la province de Québec.*

Tandis qu'en France, la socialisation du droit a eu pour conséquence de faire apparaître un système de responsabilité qui met les risques à la charge de celui qui peut « socialement » les supporter, le système de responsabilité de la province de Québec est avant tout et en règle générale basé sur un élément délictuel rejetant par conséquent la théorie du risque créé (2).

De même qu'en France, en 1896, la situation d'un ouvrier victime de l'explosion d'une machine avait soulevé la question du fondement de la responsabilité civile, de même au Canada, la Cour suprême eut, en 1909, à se prononcer pour une affaire à peu près analogue.

Mise à part l'opinion d'un des juges, sir Charles Fitzpatrick, partisan de la théorie du risque : « Pour ma part, disait-il, je suis « d'avis que la fournaise était sous la garde de l'appelant qui l'uti- « lisait à son profit et qui tirait un bénéfice qu'elle a créé. Celui « qui perçoit les émoluments procurés par une machine susceptible « de nuire aux tiers, doit s'attendre à réparer le préjudice que cette « machine causera », la Cour a refusé de rejeter le critérium de la faute pour fonder la responsabilité du propriétaire de la fournaise, faisant valoir que le mot « faute » a été consacré par les codificateurs de Québec dans l'article 1054 à la place du mot « fait » qui se trouve dans l'article 1384 français, et d'autre part qu'il ne pourrait y avoir de responsabilité contractuelle qui ferait du patron l'assureur de la sécurité de ses ouvriers.

Mlle Maurin écrit à ce sujet (3) : « La jurisprudence se montre « en effet très fermement attachée au fondement de la faute. Elle « estime injuste de faire retomber les conséquences d'un dommage « sur une personne dont la conduite est irréprochable. Et cette « conception n'a pas été ébranlée par les considérations objectives « qui ont étayé en France la théorie du risque créé. Que si l'on « propose aux juristes québecquois d'envisager la question suivant

(1) Ripert : « La règle morale dans les obligations civiles », op. cité n° 115.

(2) « Revue de droit », Québec, 1938 ; Bulletin bibliographique, p. 575.

(3) Antoinette Maurin, op. cité, p. 174.

« son axe social et non plus individuel, ils objectent alors les per-
« turbations qu'entraine à cet égard la théorie du risque, puisque
« ses conséquences aboutissent à paralyser l'exercice d'une activité
« socialement utile. En outre, ils n'ont pas été sans ressentir l'in-
« fluence de la Common Law. Rappelons en effet que les autres
« provinces canadiennes ont adopté le fondement de la faute com-
« me un perfectionnement apporté à l'idée de responsabilité, qui
« était jusque là comme une charge incombant à la propriété. L'in-
« corporation de l'idée de risque à celle de responsabilité pourrait
« donc être interprétée comme l'abandon d'un progrès acquis par
« la morale juridique ».

Sans doute est-ce pour cette dernière raison que la théorie est en recul en France.

90. — § III. — *Le recul de la théorie du risque en France.*

Dans un article paru en 1945, M. le Doyen Lalou écrivait :

« C'est maintenant que Josserand pourrait parler de ce qu'il
« appelait en 1930, à la veille de l'arrêt des Chambres réunies du
« 13 février 1930, le « travail de refoulement de la responsabilité du
« fait des choses inanimées ». Ce travail se fait, et c'est ce recul
« que nous voudrions signaler, il vient au cours de ces dernières
« années de se manifester dans quatre matières » (1).

C'est tout d'abord l'arrêt des chambres réunies du 2 décembre 1941 concernant l'auto volée à propos duquel M. Ripert écrivait : « Ce retour à la faute est indéniable ». Dans de nombreuses décisions rendues par la suite, la Cour suprême a confirmé sa position, notamment dans un arrêt de la chambre des requêtes du 4 novembre 1946 (J.C.P. 47-II-3390) et un arrêt de la chambre civile du 29 avril 1947 (J.C.P. 48-II-3986).

« La seconde série d'arrêts, nous dit M. Lalou, où l'on voit se
« dessiner le recul de la théorie du risque concerne les arrêts sur
« la responsabilité des choses inertes : pas de responsabilité du
« propriétaire si la chose inerte n'a joué qu'un rôle passif : tel le
« tuyau du chauffage central d'un établissement de bains, lequel
« brûle un client qui, pris de malaise, s'est affaissé sur le sol (Civ.
« 19 février 1941 - D.C. 1941 - J.P. 85). Au contraire, il y a respon-
« sabilité pour le propriétaire lorsqu'il a commis la faute de l'aban-
« donner d'une manière dangereuse pour la circulation ».

C'est le cas d'un véhicule stationnant la nuit sur une voie publique qui ne peut être considéré comme placé dans des conditions normales que s'il est pourvu d'un éclairage règlementaire susceptible de révéler aux tiers l'obstacle que constitue sa présence : « Qu'à
« défaut par le gardien de rapporter la preuve de cette circonstance, la présomption légale reste entière, rien ne permettant d'af-
« firmer que le véhicule heurté ait subi le choc générateur du dom-

---

(1) Les cahiers du droit n° 1, article Lalou, « Les reculs de la théorie du risque ».

« mage sans l'avoir occasionné ou facilité et que par suite son rôle « ait été seulement passif ».

Cass. civ. 5 mars 1947 : J.C.P. 48-II-3600.

On constate aussi le recul de la théorie, fait remarquer M. Lalou « à propos du dommage causé par une chose inanimée sans qu'il y « ait eu contact entre cette chose et la victime. Un automobiliste, « à l'entrée d'un carrefour, barre brusquement la route à un cyclis- « te ; ce dernier, obligé de faire un écart aussi brusque que l'arrêt « de l'automobile, tombe et se tue. L'automobiliste est responsable « moins à cause de la garde de la chose inanimée qui lui incombe « qu'à cause de la faute qu'il a commise dans cette garde ». Civ. 27 janvier 1940 - D.C. 1941 J.P. 101.

Enfin, le fait que la Cour de cassation rappelle à propos des dommages causés par les bâtiments que le propriétaire n'est responsable du dommage causé par sa ruine que si la victime établit le défaut d'entretien ou le vice de construction, c'est-à-dire une faute (civ. 4 août 1942 D.C. 1943 J.P.I), constitue bien un quatrième recul de la théorie du risque.

Donc, à présent, on peut dire que pour la responsabilité du fait des choses, les jurisprudences de Québec et de France se rejoignent. Il n'en était pas de même il y a dix ans.

Il faut cependant avoir à l'esprit l'idée que dans tous les pays de droit civil, le droit de la responsabilité est du droit romain modifié. Les divers systèmes ont une origine commune et tous, bien entendu, en se plaçant d'un point de vue très général, ont construit leur droit suivant les mêmes méthodes (1).

Cette appréciation s'applique non seulement au droit des personnes et des biens, aux obligations, mais aussi au droit successoral.

A propos du droit successoral de la province de Québec, arrêtons-nous à une branche qui, tout en étant fortement influencée par le droit français moderne, contient des différences méritant d'être mises en relief. Il s'agit de la dévolution successorale.

---

(1) Edouard Lambert : « Introduction à l'étude du droit comparé », op. cité, tome II, p. 43.

CHAPITRE III

LA DEVOLUTION SUCCESSORALE

PERSONNES APPELEES A SUCCEDER

91. — « Le code civil de Québec a copié de très près la loi des « successions exposée dans le code français. les codificateurs ayant « expressément déclaré qu'ils désiraient suivre les principes de ce « dernier, de préférence aux règles de la coutume de Paris qui a « survécu à Québec jusqu'en 1866. » (1)

Ainsi s'exprimait en 1934 M. F.-R. Scott, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Mc Gill de Montréal.

Les principaux changements apportés par les codificateurs de Québec portent sur l'abolition du droit d'aînesse, l'établissement de l'unité de succession, l'abandon des nombreuses distinctions concernant la propriété (fiefs, propres, acquêts) l'égale répartition des parts, etc... mais ces nouvelles règles n'opérèrent pas en 1866 de bouleversement aussi profond au Canada qu'en France, car les habitants de la province de Québec, avant l'abolition du système féodal qui n'intervint qu'en 1854, tenaient leur tenure en censive plutôt qu'en fief, ce qui les avait habitués à l'égalité sans considération de sexe et d'âge (2).

Il suffit donc de jeter un coup d'œil sur le libellé des titres, chapitres, sections du code de Québec pour voir combien il suit le nôtre en ce qui concerne les successions ab intestat. C'est ainsi qu'à l'instar de l'article 732 de notre code civil, le code de Québec énonce dans son article 599 que « la loi ne considère ni l'origine ni la natu- « re des biens pour en régler la succession. Tous ensemble, ils ne « forment qu'une seule et unique hérédité qui se transmet et se « partage d'après les mêmes règles ou suivant qu'en a ordonné le « propriétaire ».

S'agissant de la vocation héréditaire ou des personnes appelées à succéder, objet de cette étude, le droit canadien comme le droit français tient compte de l'ordre de la ligne, du degré, mais avec des particularités qui concernent :

1°) La théorie de la représentation (exception au principe de la dévolution successorale en raison de la proximité du degré).

2°) Le principe de la fente héréditaire.

3°) Les règles propres à chaque ordre d'héritiers.

---

(1) Cl Livre souvenir des journées du droit civil de Montréal, 1936, op. cité, page 177.

(2) Livre souvenir, op. cité, page 178. Voir aussi : Publication of Champlain Society, Toronto, 1908. Documents relating to the seigniorial Tenure in Canada (1598-1854).

92. — SECTION I. — REPRESENTATION SUCCESSORALE

On sait que la représentation successorale est un bénéfice de la loi, en vertu duquel un héritier d'un degré plus éloigné est admis à recueillir la part qu'auraient obtenue son père ou sa mère prédécédés en concours avec des héritiers plus proches que lui (1).

En droit français seulement, deux catégories de personnes peuvent être représentées par leurs descendants.

D'après l'article 740 du code Napoléon, les enfants du défunt et leurs descendants *à l'infini* et aux termes de l'article 742, les frères et sœurs du défunt *à l'infini*. Il n'y a de représentation ni pour les autres collatéraux ni dans l'ordre des ascendants : le plus proche dans chacune des lignes exclut toujours le plus éloigné (article 741).

Aux termes de l'article 622 du code de Québec inspiré par la coutume de Paris :

« En ligne collatérale, la représentation est admise dans le cas « seulement où des neveux et nièces viennent à la succession de « leur oncle ou tante concurremment avec les frères et sœurs du « défunt ».

Donc, les neveux et nièces seuls bénéficient de la représentation. Les descendants de ces neveux et nièces ne peuvent représenter leur grand-père ou grand-mère à la succession de leur grand-oncle ou grand-tante.

« Dans notre droit, nous dit Mignault (2), l'affection de l'oncle « ou tante n'est pas censée s'étendre plus loin que les neveux et « nièces ; si le de cujus veut que ses petits-neveux ou ses petites- « nièces viennent à la succession, il n'a qu'à faire un testament qui « leur reconnaisse ce bénéfice.

« Dans l'ordre des collatéraux autres que les frères ou sœurs ou « (les neveux et nièces quand ils viennent à la succession de leur « oncle ou tante, concurremment avec les frères et sœurs du dé- « funt) le collatéral le plus proche est celui que le de cujus affec- « tionnait le plus : c'est donc lui qui, dans chaque ligne, succédera, « à l'exclusion des collatéraux plus éloignés. Aussi, le collatéral pré- « décédé, s'il n'est pas le frère ou la sœur du de cujus, ne sera pas « représenté par ses enfants ».

Par conséquent, dans la province de Québec, la représentation successorale a lieu :

1°) dans l'ordre des descendants,

2°) dans l'ordre des frères et sœurs ou (leurs enfants).

---

(1) Planiol, Ripert et Boulanger, tome III, édition 1946, page 516.

(2) Mignault : « Cours de droit civil canadien », op. cité, tome III, p. 309.

Elle n'a pas lieu au contraire :

1°) dans l'ordre des ascendants,

2°) dans l'ordre des collatéraux autres que frères ou sœurs ou (leurs enfants au premier degré). Ainsi peuvent être représentés par leurs descendants :

1°) les descendants,

2°) les frères ou sœurs du « de cujus » (mais dans ce cas, la représentation ne s'étend qu'au premier degré).

93. — SECTION II. — LE PRINCIPE DE LA FENTE

Du fait que le défunt ne laisse pas de descendants et que la succession est dévolue à des ascendants ou à des collatéraux, les articles 733 et 734 du code civil français posent le principe de la fente : la succession est alors partagée en deux parts égales, l'une pour la ligne paternelle qui comprend tous les parents consanguins, l'autre pour la ligne maternelle, comprenant tous les parents utérins.

Il n'y a pas dans le code de Québec d'article reproduisant les articles 733 et 734 du code Napoléon, mais nous dit Mignault (1) : « Les codificateurs n'ont pas rejeté le système de la fente... mais « elle n'a pas été érigée en système ».

La déclaration générale de l'article 733 du code Napoléon a été omise et la fente n'est admise dans les successions déférées aux ascendants et aux collatéraux que quand les seuls héritiers qui existent sont soit des collatéraux autres que les frères et sœurs, neveux ou nièces au premier degré (articles 629, 634).

Le principe énoncé dans le deuxième alinéa de l'article 733 du code Napoléon, principe d'après lequel les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais qu'ils ne prennent part que dans leur ligne, est admis dans le droit de Québec, de même le principe énoncé au troisième alinéa de l'article 733, principe d'après lequel il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant, ni collatéral de l'une des deux lignes, c'est ce qu'énonce l'article 635 du code de Québec.

Il n'y a pas de refente dans les deux droits, mais une différence profonde existe entre eux en ce qui concerne le classement des héritiers à l'intérieur des différents ordres.

94. — SECTION III. — REGLES PROPRES A CHAQUE ORDRE D'HERITIERS

95. — § I. — *Héritiers légitimes.*

Tandis que le droit français inclut dans les héritiers légitimes :

les parents légitimes,

les parents naturels,

et qu'il range parmi les successeurs irréguliers, le conjoint survivant et l'Etat, le droit de la province de Québec, depuis 1915, considère

(1) Mignault : « Droit civil canadien », tome III, op. cité, p. 303.

le conjoint survivant comme héritier légitime et il continue à exclure les parents naturels de la succession. Ces derniers n'y ont pas plus de droits qu'ils n'en avaient sous l'empire de la coutume de Paris.

Comme le code de Québec, dans sa section III du chapitre II consacré aux successions, traite de la dévolution au conjoint avec la dévolution aux descendants, puis dans la section IV de la dévolution aux ascendants et dans la section V de la dévolution aux collatéraux, nous suivrons l'ordre indiqué :

96. — 1°) Dévolution au conjoint et aux descendants.

Depuis 1915, le conjoint survivant a cessé dans la province de Québec, d'être un successeur irrégulier pour devenir un héritier légitime. Voici le texte du long article 624 rajouté au code :

« 624 a. — L'épouse succède à son mari et le mari à son épouse, « lorsque le défunt est sans postérité et sans père ou mère vivants, « ou sans parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier « degré inclusivement.

« 624 b. — Si le défunt laisse un époux successible et une postérité, l'époux survivant succède pour un tiers et le ou les enfants « héritent des deux autres tiers qu'ils se partagent par égales portions, s'il y a plus d'un enfant.

« Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux successible et un père et une mère, ou l'un ou l'autre et des parents « collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré, inclusivement, l'époux survivant hérite d'un tiers, les père et mère survivants ou l'un d'eux héritent d'un tiers, et les parents collatéraux « ci-dessus désignés de l'autre tiers.

« Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux successible et un père ou une mère, ou les deux mais n'a pas laissé « de parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré « inclusivement, l'époux survivant succède pour la moitié, et l'autre « moitié est dévolue aux père et mère, ou à l'un ou l'autre, selon le « cas.

« Si le défunt est mort sans postérité et ne laisse ni père ni mère, « mais laisse un époux successible et des parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré inclusivement, l'époux « survivant succède pour la moitié, et l'autre moitié est dévolue aux « parents collatéraux ci-dessus désignés.

« 624 c. — S'il y a postérité, ou un père ou une mère ou les deux, « ou des parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces, au premier « degré inclusivement, selon le cas, l'épouse, pour pouvoir succéder « à son mari, doit renoncer à tous ses droits dans la communauté « de biens qui peut avoir existé entre eux, ainsi qu'à tous les droits « de survie qui lui échoient par son contrat de mariage ou par la « loi, y compris le douaire, et le mari ne peut succéder à son épouse « sans retourner d'abord à la masse, comme s'il s'agissait d'un rapport fait en vertu de l'article 700, sa part dans la communauté de

« biens qui a pu exister entre lui et son épouse, au cas d'acceptation « de telle communauté par la succession de la femme, ou abandonner « à la masse tous les droits ou avantages que peut lui conférer le « contrat de mariage qui a pu exister entre eux.

« Dans le cas du présent article, le conjoint survivant, pour « pouvoir succéder à son conjoint défunt, doit aussi renoncer à ses « droits dans le produit des assurances contractées en sa faveur par « le conjoint défunt et rapporter tel produit à la masse.

« 624 d. — L'époux survivant est exclu de la succession lorsque « l'époux prédécédé est mort en minorité ».

Quant à l'article 625 du code de Québec, il est rédigé à peu près dans les mêmes termes que notre article 745 (1), sauf qu'il commence ainsi depuis 1915 :

« S'il n'y a pas de conjoint survivant capable d'hériter, les enfants « ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère et grands- « pères et grands-mères ou autres ascendants... ».

Ainsi que l'a fait remarquer M. Fabre-Surveyer (2) citant de Lorimier : « Dans cette partie de notre article, l'on a corrigé une « erreur signalée par les commentateurs qui s'est glissée dans la « rédaction de l'article 745 du code Napoléon où il est dit : que les « enfants, etc... succèdent également et par tête, quand ils sont « tous au premier degré, ce qui est incorrect, car pour que le partage « se fasse par tête, il n'est pas nécessaire que les héritiers soient « tous *au premier degré,* il suffit qu'ils soient tous au *même* degré « et appelés de leur chef ; puisqu'alors il n'y a pas plus de représen- « tation qu'il n'y en a lorsqu'ils sont tous au premier degré ; l'on a « donc substitué le mot *même* au mot *premier,* suivant en cela « l'exemple du code de la Louisiane ».

En France, le conjoint survivant reste un successeur irrégulier, et bien que sa situation ait été améliorée par les lois de 1891, 1920, 1925 et 1930, qui lui ont donné des droits à un usufruit et à des aliments, il ne peut hériter qu'à défaut de successible au sixième degré. A ce sujet, M. Scott écrivait dans le livre souvenir des journées du droit civil de Montréal, qu'imitant en cela les codes allemand et suisse, le code de Québec suivait le principe de l'affection présumée plutôt que celui beaucoup plus primitif de la parenté.

« Il est vraiment étonnant, ajoute-il, que le droit civil ait con- « tinué si longtemps à traiter le conjoint comme étranger au patri- « moine, tandis qu'en même temps le droit civil s'appuyait sur l'idée « d'affection présumée pour justifier l'ordre des successions. Sûre-

(1) Rappelons le texte de l'article 745 du code civil français : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages. Ils succèdent par égales portions et par tête quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation. »

(2) Fabre-Surveyer : « Principes de dévolution successorale », Québec, 1937, p. 534.

« ment, était-ce grâce à la plus factice des fictions qui permettait « par exemple qu'un homme préférerait un parent collatéral au dou- « zième degré plutôt que sa propre femme ». (1).

97. — 2° Successions déférées aux ascendants.

C'est l'article 626 du code de Québec qui les règle. Cet article, qui est le pendant de notre article 748, est ainsi rédigé :

« Si quelqu'un mort sans époux successible ou postérité, laisse « son père et sa mère et aussi des frères ou sœurs, ou des neveux « ou nièces au premier degré, la succession se divise en deux parties « égales dont l'une est déférée au père et à la mère qui la partagent « également entre eux, et l'autre aux frères et sœurs ou neveux et « nièces du défunt d'après les règles prescrites dans la section sui- « vante. »

Cette disposition est complétée par l'article 627 ainsi libellé : « Au cas de l'article précédent, si le père ou la mère est prédécédé, « la portion qui lui aurait été déférée accroît au survivant ».

Et l'article 631 ajoute :

« Si le père et la mère de la personne décédée sans postérité ou « l'un d'eux lui ont survécu, ses frères et sœurs, ainsi que ses neveux « ou nièces au premier degré, ont droit à la moitié de la succession ».

Mettant en parallèle ces articles avec les dispositions du code Napoléon, Mignault fait remarquer (2) :

« Il n'y a entre notre article 626 et l'article 748 du code Napoléon « qu'une différence. Dans notre droit, les père et mère du défunt « concourent avec ses frères et sœurs, neveux et nièces seulement. « Dans le droit français moderne, ils concourent non seulement avec « les frères et sœurs du défunt, mais encore avec tous les descendants « de ces frères et sœurs, partant avec les petits-neveux et petites- « nièces.

« Ces derniers, dans notre droit, seraient exclus par les père « et mère du de cujus. Ajoutons qu'en France, un ascendant privi- « légié d'une ligne qui se trouve seul concourt avec des colla- « téraux ordinaires de l'autre ligne (articles 733, 753), alors que cet « ascendant exclut des collatéraux dans notre droit.

« L'article 627 diffère également de l'article 740 du code Napo- « léon en ce que d'après ce dernier article, si le père ou la mère « est prédécédé, sa part n'accroît pas au survivant, mais appartient « en nue propriété aux collatéraux privilégiés, l'usufruit restant au « survivant des père et mère. »

Ceci nous amène à étudier la dévolution aux collatéraux dans le code de Québec.

---

(1) Livre souvenir, op. cité, p. 181.

(2) Mignault : « Droit civil canadien », op. cité, tome III, page 320.

98. — 3° Successions collatérales.

Elles sont réglementées par cinq articles : les articles 631 à 635 inclus qui correspondent aux articles 750 à 755 du code Napoléon.

L'article 631 diffère du code français qui appelle les représentants, c'est-à-dire les descendants des frères et sœurs à concourir avec les père et mère du défunt et leur attribue avec les frères et sœurs les trois quarts de la succession, si le père ou la mère seul a survécu.

D'après la loi de 1915, il se lit ainsi (1) :

« Si le père et la mère de la personne morte sans époux succes-
« sible ni postérité, ou l'un d'eux, lui a survécu, ses frères et sœurs
« ainsi que ses neveux ou nièces, au premier degré, ont droit à la
« moitié de la succession. »

L'article 632 est à peu près identique à l'article 750 français, sauf qu'il n'admet à la successibilité à titre de collatéraux privilégiés que les neveux et nièces, tandis que le code Napoléon englobe aussi les descendants des frères et sœurs.

L'article 633 reproduit l'article 752 du code français sauf que les parties désignées ont droit à la totalité de la succession lorsque, en France, ils en devraient avoir les trois quarts.

Si le défunt n'a laissé ni descendants, ni père, ni mère, ni frères, ni sœurs, ni neveux, sa succession se divise en deux parties, l'une va aux parents du côté de son père, et l'autre à ceux du côté de sa mère, c'est ce que nous dit l'article 634 qui correspond à notre article 753.

La part afférente à une ligne va d'abord aux ascendants les plus proches dans cette ligne, puis aux collatéraux de cette même ligne.

Ainsi que le souligne Langelier (2), les ascendants ne sont préférés aux collatéraux que lorsqu'ils appartiennent à la même ligne, non lorsqu'ils appartiennent à des lignes différentes. Et comme il n'y a pas ici de représentation, le parent le plus proche dans chaque ligne exclut le plus éloigné.

Tandis que l'article 635 du code de Québec énonce toujours que « les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas.

« A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les « parents de l'autre ligne succèdent pour le tout ».

En France, depuis la loi du 31 décembre 1917, article 17, le premier alinéa de l'article 755 du code civil est ainsi rédigé :

« Les parents collatéraux au delà du sixième degré ne succè-
« dent pas, à l'exception toutefois des descendants des frères et
« sœurs du défunt. » Dans le livre souvenir des journées du droit civil, M. Scott est d'avis que la nouvelle règle française est plus

(1) Fabre-Surveyer, op. cité, p. 536.

(2) Langelier : Cours de droit civil, op. cité, tome II, page 389.

raisonnable à cause des difficultés qu'il y avait à rechercher les héritiers jusqu'au douzième degré (1).

99. — 4° La situation des enfants naturels au code de Québec.

Tandis qu'en droit français, une évolution s'est produite pour réagir contre la règle de l'ancien droit « Bâtards ne succèdent point », et que les enfants naturels simples, d'abord considérés au code civil de 1804 comme successeurs irréguliers, sont devenus quand ils sont reconnus des héritiers légitimes depuis la loi du 25 mars 1896, « à Québec, nous dit M. Scott, rien n'a été fait même par le « moyen de la législation sociale ajoutée au code, pour atténuer « la rudesse de la vieille règle de l'exclusion totale (2) ».

En est-il de même de la succession de l'enfant naturel quand celui-ci ne laisse pas de descendants ? D'après Mignault (3) :

« N'ayant pas de parents légitimes, l'enfant naturel dans ce « cas n'a pas d'héritiers légitimes, il ne peut avoir que des succes- « seurs irréguliers. Son conjoint lui succédera donc s'il lui survit, « et s'il est prédécédé, la succession appartiendra au souverain par « droit de deshérence. Bien entendu, l'enfant naturel, même inces- « tueux ou adultérin, peut recevoir par testament et dans tous les « cas, ces enfants naturels peuvent léguer ou donner leurs biens « à leurs parents naturels. »

100. — § II. — *Les successions irrégulières.*

Depuis la loi de 1915 qui a fait du conjoint survivant, au code de Québec, un héritier légitime, le seul successeur irrégulier est l'Etat.

« Lorsque le défunt, nous dit l'article 636, ne laisse ni conjoint « successible, ni parent au degré successible, les biens de sa succes- « sion appartiennent au souverain. »

Le souverain, dans l'espèce, c'est la province et non point le Dominion.

Les obligations d'inventaire et d'envoi en possession sont les mêmes qu'en France.

« En France, nous rappelle M. Fabre-Surveyer, l'époux survi- « vant qui reste un successeur irrégulier, est tenu (article 771) de « faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour « en assurer la restitution, au cas où il se présenterait des héritiers « du défunt, dans l'intervalle de trois ans ; après ce délai, la cau- « tion est déchargée. »

(1) Livre souvenir, op. cité, page 182 : « The new French rule has the effect « increasing the chance of irregular successors, and seems more reasonable. The business of searching out relatives to the twelfth degree frequently presents, the practitioner with a well nigh impossible task. »

(2) Livre souvenir, op. cité, page 181 : « In Quebec nothing has been done, even by way of social legislation additional to the code, to alleviate the hardness of old rule of total exclusion. »

(3) Mignault, op. cité, tome III, page 353.

101. — § III. — *Les successions anomales.*

Enfin, si le droit du Bas Canada ne contient pas de dispositions analogues à celles de l'article 766 du code Napoléon relatives au retour légal des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel et si la loi spéciale de 1925 sur l'adoption n'est pas inspirée du code Napoléon, l'article 630 énonce que les « ascendants succèdent à « l'exclusion de tous autres aux biens par eux donnés à leurs enfants « ou autres descendants décédés sans postérité, lorsque les objets « donnés se trouvent en nature dans la succession, et s'ils ont été « aliénés, les ascendants en recueillent le prix s'il est encore dû.

« Ils succèdent aussi l'action en reprise qui pouvait appartenir « au donataire sur les biens ainsi donnés ».

L'article 747 du code Napoléon énonce les mêmes principes.

D'une manière générale, on peut donc dire que l'influence du droit français se fait particulièrement sentir sur toute l'institution des successions « ab intestat » dans le droit de la province de Québec ; en effet, on retrouve l'influence du code Napoléon non seulement en ce qui concerne la dévolution successorale mais aussi quant aux conditions requises pour succéder (avec quelques légères variantes pour la théorie des comorientes), à la preuve de la qualité d'héritier et la théorie de l'héritier apparent, à l'acceptation ou la renonciation (sauf qu'à Québec la prescription trentenaire ne s'applique pas), il n'est jamais trop tard pour renoncer et aussi en ce qui concerne la question des rapports avec quelques différences également.

Tout le droit successoral de Québec n'est cependant pas influencé par le droit français moderne. Nous avons déjà vu, à propos du douaire et des substitutions, la survivance de l'ancien droit. On retrouve aussi, en matière de testaments, l'influence du droit anglais.

Cela nous conduit donc à aborder la troisième partie de notre thèse et à étudier l'influence du droit anglais sur le droit du Canada français.

TROISIEME PARTIE

INFLUENCE DU DROIT ANGLAIS

Si le droit commercial et le droit maritime de la province de Québec sont exclusivement anglais, on ne trouve que des traces de l'influence anglaise dans le droit civil proprement dit.

Cette influence se manifeste surtout sur des points de détail concernant des institutions qui, par ailleurs, sont inspirées du code Napoléon, par exemple pour l'âge de la majorité (article 246 du code de Québec) ou pour le testament fait par écrit et signé devant deux témoins présents en même temps (articles 842, 851) ou encore à l'occasion de références au droit public anglais (articles 400, 421 en matière de propriété).

Deux institutions du code de Québec sont cependant considérées comme de source anglaise :

La liberté de tester ..... chapitre I

La fiducie ..... chapitre II

Mais avant d'étudier ces institutions, il nous faut donner un aperçu sommaire des caractères essentiels du système juridique d'outre-Manche.

IDEE GENERALE DU DROIT ANGLAIS

102. — Quatre traits opposent le droit anglais au droit français:

1° C'est un droit non codifié, jurisprudentiel et pas écrit.

2° C'est un droit judiciaire.

3° C'est un droit traditionnaliste.

4° C'est un droit qui a une technique propre.

1°) *Droit non codifié.* — Il n'y a jamais eu en Angleterre de codification analogue à celle qui est intervenue en France en 1804. Le droit anglais qui repose sur l'ensemble des décisions rendues au cours des siècles par les tribunaux royaux est l'œuvre du magistrat et non pas celle du législateur. Cela lui donne un caractère de continuité d'autant plus marqué que cette continuité n'a pas été interrompue par une réception d'ensemble du droit romain analogue à celle qui s'est produite dans nos pays de droit écrit aux XII[e] et XIII[e] siècles.

L'Angleterre est donc un pays de droit non écrit car malgré le nombre et le volume considérable de lois — statutes — celles-ci ne sont jamais pour le juriste anglais qu'une source secondaire du

(1) Cf René David : « Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre », Paris, Sirey, 1948.

droit, car elles ne peuvent être interprétées qu'à la lettre et jamais extensivement, n'énonçant pas de principes généraux.

La coutume est en droit anglais une source de peu d'importance, la source essentielle est la jurisprudence : la case law, composée de deux éléments, l'un la Common law, coutume jurisprudentielle des tribunaux de droit commun, l'autre, l'Equity, qui est l'ensemble des règles qui ont été au cours des siècles affirmées et appliquées par une cour spéciale, la cour de la Chancellerie, en marge du système général anglais d'organisation judiciaire (1). Le lord chancelier d'Angleterre est jadis intervenu pour corriger la rigueur de certaines solutions légales, ou en d'autres hypothèses pour assurer le respect du droit en prononçant certaines sanctions que les tribunaux de droit commun n'avaient pas le pouvoir d'ordonner. Il s'est ainsi constitué en Angleterre un ensemble de règles qui, pendant longtemps, ont été appliquées seulement par des tribunaux spécialement constitués à cet effet et qui, depuis 1875, sont appliquées indifféremment par toutes les juridictions.

2°) *Droit judiciaire.* — Les pièces qui composent le système non écrit de la common law d'Angleterre sont les décisions judiciaires ou plutôt les règles de droit dégagées et appliquées par ces décisions conformément à la règle du précédent. Pour connaître à quelles conditions un juge anglais doit « stare decisis » s'en tenir à une règle précédemment dégagée, il faut se rappeler que les tribunaux sont en Angleterre hiérarchisés comme en France. Sur le plan de la juridiction civile — nous n'avons pas à nous occuper ici de la juridiction pénale — le tribunal de droit commun est la High court of justice. C'est le premier échelon de la cour suprême de judicature (Supreme court of judicature) et qui se divise en trois chambres : le banc du roi (King's bench), la division de la chancellerie (Chancery division) et la division du Probate (Probate, Divorce, Admiralty division).

Les décisions rendues par la haute cour de justice sont susceptibles d'appel devant la cour d'appel (court of appeal). La haute cour et la cour d'appel réunies forment la cour suprême de judicature qui constitue ainsi en quelque sorte le noyau central de l'organisation judiciaire civile anglaise. Au sommet de la hiérarchie des juridictions anglaises se trouve la Chambre des lords et, sur le même plan, le Comité judiciaire du conseil privé, qui fait fonction de cour de cassation pour l'ensemble de l'Union britannique. A la base de la hiérarchie, se trouvent les cours du comté dont la création remonte à une loi de 1846. Les cours de comté connaissent en principe des contestations dont la valeur n'excède pas 200 livres sterling.

En Angleterre, il n'est pas permis dans une décision judiciaire de nier le principe de droit affirmé précédemment dans la déci-

(1) David, op. cité, p. 186.

sion d'une juridiction supérieure ou égale à celle qui doit statuer. Comme le fait remarquer M. René David (1), la règle du précédent qui procède de cette idée générale n'est toutefois pas absolue comme on peut s'en rendre compte d'après les cinq propositions suivant lesquelles elle s'analyse.

Première proposition. — Les décisions rendues par la Chambre des lords constituent des précédents obligatoires pour toutes les juridictions anglaises, y compris la Chambre des lords elle-même.

Deuxième proposition. — Les décisions rendues par la « court of appeal » constituent des précédents obligatoires pour toutes les juridictions anglaises, y compris la « court of appeal » elle-même, mais à l'exception de la Chambre des lords.

Troisième proposition. — Les décisions rendues à Londres par la « high court of justice » dans l'une ou l'autre de ses divisions ne constituent pas des précédents obligatoires pour la Chambre des lords ni pour la « court of appeal ». En revanche, elles constituent ou sont très près de constituer des précédents obligatoires pour la « high court of justice » elle-même, et elles sont certainement des précédents obligatoires pour les juges des cours de comté.

Quatrième proposition. — Les décisions rendues par les juges de la « high court of justice » dans leurs tournées d'assise hors de Londres ne constituent en aucun cas des précédents obligatoires. Les décisions rendues par les cours de comté ne constituent en aucun cas des précédents obligatoires.

Cinquième proposition. — Les décisions qui ne constituent pas des précédents techniquement obligatoires ont néanmoins en Angleterre une grande autorité.

L'application de la règle du précédent n'est donc pas automatique. De plus, dans certains cas, le juge peut décider qu'un précédent n'a pas été suivi et ne l'oblige pas, d'autre fois que la manière dont une décision a été rapportée ne lui paraît pas sûre et qu'il ne tient pas compte de cette décision ; enfin, les tribunaux anglais ne sont liés que par les motifs des jugements — ratio decidendi — et non par les explications — obiter dicta — qui les accompagnent.

5°) *Droit traditionnaliste.* — Le droit anglais s'est formé au cours d'une très longue histoire. Jusqu'en 1066, c'est la période du droit anglo-saxon. Avec la conquête normande, commence la période féodale, mais tandis que la féodalité continentale agissait dans le sens de la décentralisation, la féodalité anglaise agit dans le sens de la centralisation. Au cours de cette période, vont se former les institutions (spécialement les institutions judiciaires) et le système

(1) David, op. cité, page 144.

général de la « common law », les cours royales établissent leur suprématie sur les cours seigneuriales et les cours populaires. Le règne du roi Henri VII, qui débute en 1485, est la période d'épanouissement de la « common law ». Cette période s'achèvera avec le « reform-bill » de 1832 qui est le début d'une immense activité législative qui bouleversera les assises du droit anglais. Son histoire, comme nous l'avons déjà vu, n'offre pas de solution de continuité, si bien que les institutions anciennes en Angleterre se confondent avec les institutions modernes qui sont moins leur produit et leur aboutissement que leur dernier état.

Pour montrer à quel point le droit anglais peut être traditionnaliste, M. David nous fait remarquer à titre d'exemple « qu'on « ne peut écrire le livre le plus élémentaire sur le droit de la « propriété immobilière sans parler du statut « de donis » et du « statut « quia emptores » qui datent de 1285 et 1290. Dans une « espèce jugée en 1932, des décisions rendues en 1409 et 1425 sont « invoquées pour convaincre le juge que le défendeur est responsable du dommage causé par des fuites d'un fourneau à gaz « installé en 1929. Parmi les grands arrêts de jurisprudence que « doivent connaître les praticiens du droit anglais, sont cités et « analysés des arrêts de 1583 (Spencer's case), 1584 (Calye's case), « 1601 (Turpie's case). » (1)

4°) *Droit qui a une technique propre.* — Pour pouvoir étudier le droit anglais, il faut d'une part en connaître la structure, en saisir les concepts, en comprendre la terminologie, en pénétrer les classifications qui ne correspondent en rien à celles du droit français, et d'autre part ne pas perdre de vue qu'il est issu de la procédure. Les actions ont précédé les droits « Remedies precede Rights ».

Sans nous étendre davantage sur les traits du droit anglais, voyons son influence sur le droit canadien.

---

(1) David, op. cité, page 12.

CHAPITRE I

LA LIBERTE DE TESTER

La règle de la liberté absolue de tester est une des principales institutions que le droit de la province de Québec a empruntées au droit anglais.

Avant d'indiquer comment cette règle est appliquée au Canada, il convient de mettre en lumière quelques particularités du droit successoral anglais.

103. — SECTION I. — PARTICULARITES DU DROIT SUCCESSORAL ANGLAIS

104. — § I. — *Succession « ab intestat » et succession testamentaire.*

En Angleterre, la dévolution d'une succession peut être réglée soit conformément à la volonté manifestée dans un testament — will — du de cujus, soit à défaut de testament, conformément aux dispositions légales.

Dans le premier cas, on se trouve en présence d'une « testamentary succession ».

Dans le deuxième cas, d'une « intestate succession » (1).

Les héritiers n'acquièrent pas l'universalité de la succession dès son ouverture ; la succession testamentaire ou « ab intestat » échoit préalablement à un exécuteur testamentaire (executor) désigné par le défunt ou à un administrateur (administrator) nommé par le tribunal. Ces mandataires qui assument l'administration de la succession en paiement des dettes et sa transmission aux héritiers institués ou « ab intestat », sont des trustees responsables aussi bien envers l'Etat qu'envers les bénéficiaires. Le tribunal contrôle toute la liquidation successorale. Il doit homologuer les testaments (procédure de la Probate) et la nomination de l'exécuteur testamentaire et désigner, en l'absence d'executors un administrateur successoral.

Les règles de la dévolution successorale du droit anglais sont plus simples que celles du droit continental. Elles ne font que peu de distinctions entre les parts successorales et les legs, entre les héritiers et les légataires. Aucune dette ne passe à l'héritier, le fisc se fait payer les impôts sur la fortune et les successions directement par les administrateurs successoraux qui paient également les autres dettes. Mais ce qui diffère essentiellement le droit successoral anglais des droits continentaux, c'est que le testateur y jouit d'une liberté de tester absolue s'étendant à tous ses biens.

(1) Curti : « Manuel de droit civil et commercial », tome I, Paris 1928.

105. — § II. — *Origine de la règle de la liberté illimitée de tester et son application en Angleterre.*

Bien qu'à Rome, le testament fût très répandu, dès la fin de la République, l'usage faisant un devoir aux citoyens de manifester leur dernière volonté, et que la succession « ab intestat » fût subsidiaire (1), le testament doit être déjà considéré comme une sorte de concession du pouvoir public, une dérogation à la loi des successions « ab intestat », à tel point que dans l'origine il prenait la forme d'une loi.

Pour être valable, le testament devait tout d'abord embrasser toute la succession du testateur, c'est la règle « nemo partim testatus, nemo partim intestatus ». S'il ne disposait pas de toute la succession, il était non avenu, et cette succession tout entière était dévolue suivant la loi des successions « ab intestat ».

En second lieu, le testament devait nécessairement renfermer une institution d'héritiers, c'était là sa base même, « caput et fundamentum testamenti ». S'il ne contenait que des legs ou des fidéicommis, il n'était qu'un simple codicille lequel pouvait, il est vrai, se rattacher à un testament dont il ne formait alors que le complément. Dans ce cas les legs sur lesquels l'héritier pouvait retenir la quarte falcidie vis-à-vis des légataires et la quarte trebellianique envers les fidéicommissaires universels ne pouvaient s'élever à plus des trois quarts des biens du codicillant. (2)

Si la plupart de ces restrictions furent suivies plus tard en France, dans les pays de droit écrit, dans les pays de coutume, le principe étant que « Deus solus heredes facere potest », l'héritier c'était le parent le plus proche par le droit du sang, même si le de cujus avait fait un testament, ce testament ne pouvait renfermer que des legs et c'était à « l'hoir le plus proche » que le légataire s'adressait pour obtenir la délivrance de son legs. Sous l'empire de la coutume de Paris, article 292, le testateur pouvait disposer par testament de tous ses meubles, acquêts et conquêts immeubles et de la cinquième partie de ses propres héritages. C'était la réserve des quatre quints.

Donc en droit romain, le testament très répandu comportait cependant des restrictions, il était vu avec défaveur par l'ancien droit coutumier français.

La liberté absolue de tester existait par contre depuis une très longue date en Angleterre. Limitée d'abord par une réserve en faveur de la femme et des enfants, réserve que l'on appelait la part raisonnable — pars rationabilis — à partir du règne d'Henri VIII (3) qui, par le statut 32, l'étendit davantage, cette liberté de tester devint l'une des principales caractéristiques du droit anglais des successions. Elle s'est perpétuée jusqu'à ce jour.

---

(1) Hubrecht : « Cours de droit romain », 1948, p. 230.

(2) Mignault, op. cité, tome V, page 238.

(3) Sirois : « De la forme des testaments », Montréal, 1907.

En Angleterre, un époux peut donc laisser de côté dans son testament sa femme et ses parents, descendants ou ascendants, car la réserve du droit continental n'existe pas. Comme cette situation pourrait amener des abus, pour prévenir une exhérédation imméritée, la femme s'assure généralement par un contrat conclu au moment du mariage (marriage settlements) une part de la fortune de son mari en faveur d'elle-même et de ses enfants. Les « marriage settlements » sont fréquents en Angleterre, ils permettent de prendre des dispositions spéciales dans l'intérêt de la femme et des enfants.

Ces derniers sont d'autre part protégés par l'« Inheritance act de 1938 » — Family Provision — qui limite les dispositions inconsidérées du testateur.

Toutefois il ne s'agit pas là de l'introduction en Angleterre du système romain de la réserve mais d'une institution qui prolonge après la mort l'obligation alimentaire existant du vivant des individus entre parents d'un certain degré.

Quoi qu'il en soit, le principe de la liberté absolue de tester est toujours reconnu en Angleterre. Il en est de même dans le droit de la province de Québec.

106. — SECTION II. — LA LIBERTE DE TESTER DANS LA PROVINCE DE QUEBEC

107. — § I. — *Le principe.*

Aux termes de l'article 831 du code de Québec :

« Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut « en disposer librement par testament sans distinction de leur ori- « gine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, « ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre per- « sonne capable d'acquérir et de posséder sans réserve, restriction, « ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de « nullité contenues en ce code, et les dispositions ou conditions « contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

Cette règle est absolue dans ses termes. Toute personne capable de faire un testament peut disposer de tous ses biens quelles qu'en soient la nature et l'origine, et elle en peut disposer en faveur de n'importe quelle personne qui pourrait acquérir ses biens par actes entre vifs. (1)

Introduite par l'acte de Québec de 1774, on lit dans la section 10 de cet acte :

« Il sera et pourra être loisible à chaque personne propriétaire « de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui « aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts pen-

(1) Langelier, tome III, op. cité, page 107.

« dant sa vie, par ventes, donations ou autrement de les tester et « léguer à sa mort par testament et acte de dernière volonté, no- « nobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraires, qui ont « prévalu ou qui prévalent présentement en la dite province, soit « que le testament soit suivant les lois du Canada ou suivant les « formes prescrites par les lois d'Angleterre ».

Ce texte ayant soulevé des difficultés au sujet de sa portée, la législature de la province de Québec adopta en 1801 le statut 41 George III, chapitre 4 qui est la source de l'article 831 du code civil cité plus haut.

Comme l'a souligné Mignault (1) « L'ancien droit a été modifié « par l'abolition des réserves coutumières, par la faculté accordée à « un conjoint de faire des legs à son conjoint et par la liberté don- « née de faire des legs autres que des legs d'aliments aux concubins « et aux enfants adultérins ou incestueux, de faire enfin des dispo- « sitions universelles en faveur des enfants naturels simples. Il en « résulte que comme règle toute personne peut tester de ses biens « sans égard à leur origine ou à leur nature et sans réserve, restric- « tion ou limitation ». (2)

Tout principe comportant des tempéraments, il y a aussi des exceptions à la liberté illimitée de tester, certaines personnes ne pouvant prendre de dispositions pour leurs biens après leur mort.

108. — § II. — *Exceptions.*

Sont incapables de tester tous ceux qui n'ont pas à la fois la jouissance et l'exercice de leurs droits civils (Incapacités de droit) et ceux qui n'ont pas la plénitude de la volonté de tester au moment où le testament est fait (incapacités de fait).

La sanction de ces incapacités est toujours la nullité absolue dans le droit de la province de Québec.

109. — a) *Incapacités de droit.*

1° Le mineur. — Aux termes de l'article 833, « le mineur (même « âgé de vingt ans et plus), émancipé ou non, est incapable de tester « d'aucune partie de ses biens ».

Comme le souligne Langelier (3) ceci était déjà compris dans la disposition de l'article 831 qui exige que quelqu'un soit majeur pour pouvoir tester. La loi défendant au mineur de tester, il s'ensuit que le tuteur ne pourra faire en son nom de testament valable ; cela ressort du premier alinéa de l'article 834 ainsi rédigé : « Les tuteurs « et curateurs ne peuvent tester pour ceux qu'ils ont sous leur puis- « sance ni seuls, ni conjointement avec ces derniers. »

(1) Mignault, op. cité, tome IV, p. 240.

(2) Mignault, op. cité, tome IV, p. 241.

(3) Langelier, op. cité, tome III, p. 107.

2° Interdits pour imbécillité, démence ou fureur. — Cette incapacité est décrétée en ces termes par le deuxième alinéa de l'article 834 :

« L'interdit pour imbécillité, démence ou fureur, ne peut dispo-
« ser par testament, le testament postérieur à l'interdiction du pro-
« digue peut être confirmé ou non d'après la nature des dispositions
« et des circonstances ».

Mignault (1) a fait remarquer que le code civil de 1804 ne contient pas une disposition spéciale comme celle du deuxième alinéa de l'article 834 : « Il se contente de dire d'une manière générale
« (article 902) que toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit
« par donation entre vifs, soit par testament excepté celles que la
« loi en déclare incapables. Toutefois la plupart des auteurs décident
« que l'interdiction pour cause d'imbécillité, démence ou fureur cons-
« titue une incapacité absolue de tester ou de disposer par donation
« entre vifs ».

Notons également avec Langelier (2) qu'il était inutile de dire que l'interdit pour folie ne peut lui-même faire un testament ; cela résultait de l'article 334 le déclarant incapable de faire aucun acte juridique à peine de nullité.

Quant à l'interdit pour prodigalité, il n'est pas incapable de faire des actes juridiques : il est seulement restituable contre ceux qu'il a faits, s'il y a été lésé. Aussi l'article 834 le déclare incapable de tester et ajoute que son testament peut être annulé ou confirmé suivant la nature de ses dispositions et les circonstances.

3° Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire. — Elles peuvent tester sans qu'il y ait lieu d'examiner leur testament pour voir s'il devrait être confirmé ou non. En effet, le troisième alinéa de l'article 834 dit que « celui auquel il a été seulement nommé un conseil judiciaire soit à sa propre demande, soit sur provocation pour interdiction, il peut (tester) valablement. La capacité de droit étant absolue, le testament devra être maintenu à moins qu'il ne soit attaqué pour cause d'incapacité de fait.

110. — b) *Incapacités de fait.*

1° Personnes en état d'insanité d'esprit. — L'article 831 du code de Québec accorde la liberté de tester à tout majeur sain d'esprit. Le testament lorsqu'il est l'œuvre d'une intelligence atteinte d'insanité d'esprit est radicalement nul, car il y avait chez le testateur absence de volonté et non une volonté viciée.

Il n'est pas nécessaire de prouver que le testateur était atteint d'insanité d'esprit au moment précis où il a apposé sa signature à l'acte mais qu'il en était atteint pendant le temps dans lequel l'épo-

(1) Mignault, op. cité, tome IV, page 243, note.

(2) Langelier, op. cité, tome III, p. 108.

que de la confection du testament se trouve comprise, et il faut de plus faire voir que cette insanité avait un caractère permanent et ne présentait pas d'intervalles lucides.

2° Quant aux personnes dont le consentement a été vicié par l'erreur, la violence ou le dol, Mignault fait remarquer que puisque le code a fait de ces circonstances des causes de nullité des contrats, et quoique le testament n'ait pas un caractère contractuel, on peut dire que ces causes de nullité s'appliquent a fortiori aux dispositions testamentaires, lesquelles, puisqu'elles confèrent au légataire un bénéfice gratuit, doivent être l'œuvre d'une volonté plus réfléchie, plus libre, plus spontanée que celle qui préside à la formation d'un contrat onéreux.

En dehors de ces exceptions, la liberté illimitée de tester est entière à Québec ; elle est l'institution la plus typique empruntée au droit anglais. Il en est une autre à laquelle pourtant une partie de la doctrine canadienne conteste cette origine, il s'agit de la fiducie.

CHAPITRE II

LA FIDUCIE

« On se tromperait grandement si on cherchait ailleurs qu'en « Angleterre la source des dispositions de ce chapitre ». Ainsi s'exprime le grand juriste canadien Mignault (1) qui voit dans la fiducie du code civil de Québec, comme d'autres auteurs tels Langelier (2), une institution imitée du trust anglais.

Bien que plusieurs juristes canadiens ne soient pas de cet avis — nous le verrons plus loin — il convient tout d'abord de rappeler les règles qui gouvernent le trust en Angleterre.

111. — SECTION I. — LE TRUST ANGLAIS

§ I. — *Utilité - Origine - Variétés - Création.*

112. — *a*) Utilité.

Il s'agit d'un rapport fiduciaire en vertu duquel une personne — trustee — devient *propriétaire* d'un bien, à charge pour elle de remettre à une autre personne — cestui que trust — les revenus et produits de ce bien. (3)

L'institution du trust permet de mettre une personne en jouissance d'un patrimoine tout en la déchargeant de toute la responsabilité de l'administration. Celui qui le constitue doit donc manifester l'intention de faire sortir immédiatement certains biens actuels de son patrimoine, de les constituer en patrimoine distinct et de leur donner une affectation objectivement déterminable. Si tel n'est pas le contenu véritable de sa volonté, c'est en vain que le mot « Trust » serait employé. (4)

A la différence de l'institution continentale par laquelle des banques, des sociétés fiduciaires ou des individus entreprennent de représenter à titre de fidéicommissaires les intérêts pécuniaires particuliers d'une ou plusieurs personnes, le « trustee » anglais est propriétaire des biens qui lui sont confiés, une violation de ses devoirs entraînant des pénalités graves.

Donc le droit de propriété légal et le droit de propriété bonitaire sur les mêmes biens sont séparés et appartiennent à des personnes différentes. Le droit du « Trustee » est un « Legal estate », celui du bénéficiaire un droit d'« Equity ».

---

(1) Mignault : « Le droit civil canadien », tome V, p. 153.

(2) Langelier : « Cours de droit civil », tome III, page 332.

(3) David : « Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre », op. cité, p. 181, note 1.

(4) Lepaulle : « Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal, en droit international », Paris, 1932, page 214.

L'institution du trust joue en Angleterre un rôle extraordinairement important. L'intervention d'un homme de confiance qui prend en main l'administration et la disposition d'un patrimoine avec des droits presque absolus mais aussi la responsabilité la plus lourde est très fréquente Outre-Manche. (1)

On le trouve non seulement en droit privé en matière d'associations, de fondations, de donations et legs avec charges, de successions vacantes ou acceptées sous bénéfice d'inventaire pour la gestion du patrimoine des absents. en matière de faillite et liquidation judiciaire, mais également en droit public. C'est ainsi que la banque des règlements internationaux créée par le plan Young était qualifiée officiellement de « trustee ».

113. — *b*) Origine.

Le trust tire son origine de l'Use qui paraît avoir été inventé pour éluder la loi quant aux mainmortes, il consistait à transporter des immeubles à un fiduciaire (trustee) pour l'usage (use) de la communauté qu'on voulait gratifier, le cestui que trust, comme on l'appelle en Angleterre.

L'use étant à l'origine un acte de confiance n'obligeait que la conscience et ne comportait aucune sanction de quelque nature qu'elle soit. Ce n'est qu'avec l'apparition de la juridiction du chancelier basée sur l'idée d'équité que des sanctions y furent attachées et que cette institution a pu commencer son développement systématique dans le droit de l'Angleterre.

L'use ainsi placé au quinzième siècle par le chancelier dans le domaine du droit, put servir aux fins les plus diverses. Les unes étaient parfaitement honorables, d'autres beaucoup moins licites, l'use permettant aux mauvais payeurs d'échapper aux poursuites de leurs créanciers, ou aux propriétaires fonciers de se soustraire aux multiples obligations que le système féodal avait attachées à la tenure.

Le roi s'en émut car il en résultait une diminution sensible de ses revenus ; aussi Henri VIII en 1535 fit-il voter le statut des Uses, dont le but était de rétablir ses sources de revenu et d'enrichir le trésor.

Grâce à l'ingéniosité des justiciables et des praticiens, l'Use ancien fut néanmoins ressuscité sous le nom de Trust. Contrairement à l'use, le trust ne comporte pas un droit personnel, un lien d'obligation du cestui que trust vis-à-vis du trustee.

Mais comme l'ont fait remarquer plusieurs auteurs (2) : le trust n'est cependant pas un droit réel ni un véritable droit de propriété

---

(1) Curti : « Manuel de droit civil et commercial anglais », tome I, page 174.

(2) Badre : « Le développement historique des Uses jusqu'à l'introduction des Trusts en droit anglais », thèse Paris, 1932.
Lepaulle : « Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal, en droit international », Paris, 1932, pages 1 à 52.

ou une répartition du droit de propriété entre le « cestui que trust » et le « trustee » car, pour qu'il y ait une division du droit de propriété, il faut nécessairement deux sujets de droit. Or, ce qui fait la valeur singulière du trust et son originalité, c'est qu'il peut servir à accomplir les desseins les plus divers, tels que faire soigner des chiens ou répandre une idée ou une doctrine.

On ne peut donc parler d'un droit réel en pareil cas puisqu'il n'y a pas de cestui.

Suivant M. Lepaulle : « Pour qu'il y ait un trust, il faut qu'il y ait une res », c'est-à-dire des biens et une affectation prévue pour ces biens ; rien d'autre n'est indispensable à l'existence juridique de tous les trusts ; quant au trustee il n'est que le moyen de réaliser pratiquement cette affectation. Le trust est donc une affectation de biens, c'est par un sujet de droit que cette affectation doit être réalisée.

114. — *c*) Variétés.

Les trusts se divisent traditionnellement en deux classes :

Les « Express Trusts » ;

Les « Implied Trusts » qui eux-mêmes se subdivisent en « Resulting Trusts » et « Constructive Trusts ».

Traditionnellement on considère comme « Express Trusts » ceux qui sont créés par la volonté du « settlor » alors que les « Implied Trusts » doivent leur existence aux tribunaux ou encore sont « law created » créés par le droit. Tantôt « l'Implied Trust » est fondé sur l'intention présumée des parties, il prend le nom de « Resulting Trust » ; tantôt il est fondé pour remédier aux conséquences de la fraude, du dol et de l'enrichissement injuste, on se trouve alors en présence du « Constructive Trust ».

Pour certains auteurs (1) cependant « L'Express Trust » est celui dans lequel la personne désignée comme trustee est libre d'accepter ou non la mission qui lui est confiée tandis que « l'Implied Trust » serait celui dans lequel la personne désignée comme trustee n'est pas libre de refuser ce rôle.

« L'Express Trust » peut donc être créé soit par un particulier, soit par un tribunal dans le cas de nomination de sequestre, administrateur, curateur, soit par la loi (statutory trust par exemple en matière d'usufruit de la femme survivante). S'il commence son existence du vivant du « settlor », le trust prend le nom de « living » ou « volontary trust ». S'il ne prend effet qu'à la mort du « settlor » le trust s'appelle alors « testamentary trust ». « L'express trust » peut être « instrumental » si le « trustee » n'a aucun pouvoir d'appréciation, dans le cas contraire il est « discretionnary ». Il peut être enfin soit « private » si le patrimoine a été affecté à un but purement privé, soit « public » ou « charitable » si comme le dit M. Le-

(1) Lepaulle, op. cité, pages 117 à 126.

paulle (1) le patrimoine a été appelé à un but considéré comme directement utile à la société pour l'opinion publique moyenne.

Pour M. Lepaulle, le « Resulting trust » est un patrimoine qui étant destiné à constituer un « Express trust » et ayant été transféré au trustee n'est cependant couvert par aucune affectation choisie par le settlor et est affecté par la loi au profit du settlor ou de ses ayants droit. Le « constructive trust » est un patrimoine affecté à assurer l'exécution de toutes les obligations quasi contractuelles et délictuelles, de donner un bien déterminé et de certaines obligations résultant de contrats de trusts ou de la loi. (2)

115. — *d*) Constitution.

La constitution d'un « trust » suppose des conditions de fond et des conditions de forme :

a) Conditions de fond. — Trois conditions de fond sont essentielles : 1° Il faut une manifestation verbale de volonté du settlor. 2° Le settlor doit être capable. 3° Le trust ne doit pas être contraire à l'ordre public.

De ces trois conditions, la première est la plus importante. L'intention de se dessaisir est essentielle. Il ne peut y avoir « trust » si le settlor n'a pas l'intention de constituer ses biens en une entité distincte, de ne pas les séparer de son patrimoine.

b) Conditions de forme. — Elles consistent essentiellement dans la rédaction d'un écrit signé. La question des conditions de forme ne se pose cependant que pour les « Express trusts ». Elle ne se pose pas pour les « Resulting trusts » qui se trouvent créés automatiquement lorsqu'un express trust est nul, impossible ou caduc. Quant aux constructive trusts ou bien ils sont automatiques, ou bien résultent d'un jugement.

Ajoutons que puisqu'il n'y a pas de trust si le settlor n'a pas l'intention de constituer un patrimoine séparé, il faut donc quand le trust est constitué intervivos que le settlor transfère la « res » au trustee. Sans cela le fait qu'il ne l'a pas transférée serait une preuve qu'il ne veut pas se séparer de son patrimoine et que par la suite il n'a pas l'intention de créer un trust. (3)

§ II. — *Les obligations du trustee et la sanction de ces obligations.*

116. — *a*) Obligations.

Le trustee est généralement désigné dans l'acte de constitution du trust.

S'il ne décline pas ses fonctions, le trustee appose sa signature sur l'acte de constitution pour marquer son acceptation.

---

(1) Lepaulle, op. cité, page 120.

(2) Lepaulle, op. cité, page 126.

(3) Lepaulle, op. cité, page 242.

Le trustee ne peut se démettre de ses fonctions que s'il y est expressément autorisé par l'acte de constitution ou s'il obtient l'assentiment du juge. En général, plusieurs trustees qui deviennent propriétaires conjoints sont nommés, mais la difficulté de trouver des trustees capables pour les trusts de peu d'importance provoqua en 1906 la création d'un bureau du Public trustee qui est un fonctionnaire public chargé d'administrer des trusts.

1° *Avant l'entrée en fonctions.*

Le trust étant fondé sur la confiance que le constituant aussi bien que le bénéficiaire éprouvent pour le trustee, cette confiance oblige le trustee à accomplir ses obligations personnellement avec le plus grand soin.

Il ne peut faire appel à des auxiliaires que lorsque l'usage l'y autorise.

Les intérêts du trustee ne doivent pas non plus s'opposer à ceux du bénéficiaire. Il doit aussi déterminer si le trust est valablement constitué.

2° *Une fois en fonctions.*

Le trustee doit administrer le patrimoine et l'investir selon les prescriptions de l'acte constitutif et de la loi. Cet investissement doit surtout consister en valeurs d'Etat.

D'après M. Lepaulle, « le soin qu'un bon père de famille apporte « à l'administration de ses propres affaires ne suffit pas car il s'agit « de gérer un patrimoine qui a reçu une affectation. Aussi le trustee « doit-il apporter dans l'exercice de ses fonctions toutes les quali- « tés nécessaires à la réalisation normale de l'affectation du patri- « moine qui lui est confié ». (1)

Ce principe a pour conséquence que les qualités du trustee sont variables. Celles d'un bon gérant d'affaires peuvent suffire dans certains cas, mais dans d'autres il faut de l'audace.

D'autre part le trustee est tenu à un plus haut degré d'honnêteté que celui qui gère des biens pour le compte d'un autre sujet de droit. Il doit en effet conserver le patrimoine matériellement, c'est-à-dire prendre toutes précautions pour éviter un vol.

Juridiquement, c'est-à-dire maintenir toutes actions en justice nécessaires, interrompre toutes prescriptions, interdire l'établissement de toutes servitudes.

3° *A la cessation des fonctions.*

Le trustee doit faire aux bénéficiaires et à ses représentants un rapport exact sur la situation du patrimoine qu'il administre. Il a l'obligation de rendre des comptes. Le bénéficiaire peut demander au tribunal de faire vérifier ces comptes lorsque le trustee néglige ses obligations.

---

(1) Pierre Lepaulle : « Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international », pages 264 et 265, op. cité.

117. — Sanctions du trust.

Si le trust fonctionne de manière défectueuse, tous les intéressés peuvent agir contre le trustee généralement par l'action en responsabilité s'il y a faute de sa part. Mais l'action en responsabilité n'est pas la seule. Si le trustee n'agit pas lorsqu'il devrait le faire, plusieurs armes permettent de protéger le trust. (1)

1° La destitution du trustee et la nomination d'un successeur plus apte à bien remplir sa mission. En général, c'est le tribunal qui prononce la destitution et fait la nouvelle nomination à la demande de tout intéressé.

2° La révocation du trust qui est un droit que peut réserver le settler soit pour lui-même soit à des tiers.

3° L'injonction donnée au trustee d'agir. Le droit anglo-saxon a dans sa procédure d'Equity l'arme souvent très utile de l'injonction qui permet au tribunal d'ordonner au défendeur de faire un acte ou au contraire de lui interdire d'agir de telle ou telle manière.

4° L'action oblique des bénéficiaires. Les cestuis étant créanciers du trust, ils ont intérêt à ce que les biens de leur débiteur (le trust) soient bien gérés et soient aussi considérables que possible. C'est évidemment pour cela qu'en cas de carence du trustee, les cestuis peuvent toujours agir contre les tiers. La mesure de l'action est alors l'intérêt du trust, et non point seulement dans celui du cestui.

Ces différentes mesures ont pour but de remédier à la négligence du trustee, mais des pertes éventuelles peuvent aussi se produire, c'est pourquoi les tribunaux d'équité ont établi des règles pour protéger le bénéficiaire.

118. — § III. — *Protection du bénéficiaire.*

Même lorsque son patrimoine est parvenu aux mains d'un tiers, le bénéficiaire d'un trust dispose de plusieurs moyens pour le recouvrer.

1° Privilège dans la faillite du trustee.

Ce privilège permet au bénéficiaire de récupérer tout ce qui a été acquis avec des biens faisant partie d'un trust.

Tant que le patrimoine primitif ou un patrimoine qui lui est subrogé existent entre les mains du trustee, le bénéficiaire conserve son privilège. Il ne le perdra que quand le patrimoine dérivé a disparu. Dans ce cas le bénéficiaire n'a plus qu'une créance personnelle contre le trustee.

2° Droit de gage sur les biens non spécifiables.

Le bénéficiaire a un droit de gage privilégié sur l'ensemble des biens placés par le trustee, dans une banque, par exemple.

---

(1) Cf Pierre Lepaulle, op. cité, page 309.

Trois hypothèses doivent être envisagées :

a) ou bien le compte total dépasse le montant du patrimoine, le bénéficiaire est couvert.

b) ou bien le compte a diminué à la suite d'événements d'ordre économique, le solde est partagé proportionnellement entre tous les bénéficiaires.

c) ou bien le patrimoine a été diminué par des prélèvements illicites, le solde est partagé entre les bénéficiaires conformément à la règle « in Clayton's case » dans l'ordre inverse des versements opérés. On admet en effet que les sommes versées en premier lieu au trustee ont été également prélevées en premier, les versements postérieurs étant encore existants.

3° Constructive trusts.

Un patrimoine qui n'est pas expressément soumis à un trust peut faire l'objet d'un trust constructif en vertu de la jurisprudence ou de la loi. Tout individu qui s'enrichit illégalement aux dépens d'un tiers est considéré par le tribunal comme le trustee du tiers, pour le montant de l'enrichissement illégitime.

Grâce à cette fiction les droits du bénéficiaire du trust sont protégés d'une manière très efficace. Ainsi l'acquéreur de biens faisant partie d'un trust est lié par les dispositions de l'acte constitutif lorsqu'il devait en avoir connaissance et qu'il serait contraire à la bonne foi d'admettre que cette acquisition fût définitive.

L'acquéreur est soumis aux stipulations du trust même lorsqu'il en ignorait l'existence, lorsqu'il a acquis sans contre-prestation (par exemple il a acquis à titre gratuit ou gagné au jeu).

Il n'est cependant obligé de rendre que les biens qu'il a reçus, ou leur valeur de remplacement. Le trustee désigné est considéré comme un trustee constructif pour le montant des revenus qu'il s'est illicitement appropriés aux dépens du patrimoine (1).

Telles sont sommairement exposées les règles qui gouvernent le Trust anglais. Il y a lieu de voir en quoi s'en rapprochent celles de la fiducie canadienne.

119. — SECTION II. — LA FIDUCIE CANADIENNE

120. — § I. — *Définition.*

La fiducie du code de Québec peut se définir une disposition de l'homme par laquelle on confie l'administration de certains biens à une ou plusieurs personnes nommées fiduciaires, lesquelles reçoivent ces biens à titre de dépôt et sont chargées de les administrer jusqu'au moment où elles devront les remettre à ceux que le disposant voulait gratifier et dans l'intérêt de qui il a établi la fiducie (2).

---

(1) Curti : « Manuel de droit civil et commercial anglais », op. cité, tome I, p. 180.

(2) Mignault, op. cité, tome V, page 155.

Ne renfermant qu'une seule libéralité et la caducité de la disposition ne profitant jamais au fiduciaire, la fiducie ne constitue pas une substitution. Par contre elle se rapproche beaucoup de l'exécution testamentaire, mais en diffère en ce qu'elle peut être créée indistinctement par une donation entre vifs ou testamentaire tandis que l'exécution testamentaire ne peut être établie que par testament.

C'est en 1880 que la législature provinciale adopta la loi 42-43 Victoria chapitre 29, intitulée « Loi concernant la fiducie ». Un peu plus tard, en 1888, à l'occasion d'une refonte des statuts, les dispositions de cette loi furent intégrées au code civil lui-même pour former le chapitre IV A « de la fiducie », articles 981 a) à n) du titre II du troisième livre concernant les donations entre vifs et testamentaires.

« Les articles les plus importants du chapitre de la fiducie, a « écrit M. Jean Casgrain (1), sont sans contredit les articles 981 a) « et 981 b) et aussi, croyons-nous, l'article 981 c). Le législateur les « a placés dans un ordre logique. Les autres articles sont secondaires « en ce sens qu'ils ne font que préciser certaines dispositions des « premiers ou régler les conditions de remplacement et de démis- « sion du fiduciaire sans ajouter aux principes qui déterminent le « caractère de l'institution. »

Voici donc le texte de ces articles :

981 a) : « Toute personne capable de disposer librement de ses « biens peut transporter des propriétés mobilières ou immobilières « à des fiduciaires, par donation ou par testament pour le bénéfice « des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des « donations ou des legs. »

981 b) : « Les fiduciaires, pour les fins de la fiducie, sont saisis, « comme dépositaires et administrateurs, pour le bénéfice des dona- « taires ou légataires, des propriétés mobilières ou immobilières à « eux transportées en fiducie et peuvent en revendiquer la posses- « sion, même contre les donataires ou légataires pour le bénéfice « desquels la fiducie a été créée.

« Cette saisine ne dure que le temps stipulé pour la durée de la « fiducie et aussi longtemps qu'elle dure, les fiduciaires peuvent « poursuivre et être poursuivis et prendre tous procédés judiciaires « pour les affaires de la fiducie. »

981 c) : « Le donateur ou le testateur créant la fiducie peut « pourvoir au remplacement des fiduciaires aussi longtemps que « dure la fiducie, dans le cas de refus d'accepter, de mort ou d'autre « cause de vacance, et indiquer le mode de remplacement. »

---

(1) Livre souvenir, op. cité, p. 239.

§ II. — *Utilité - Création - Rémunération du fiduciaire.*

121. — a) Utilité.

Très répandue dans la province de Québec, la fiducie a pour but d'assurer la bonne administration et la conservation des biens dans l'intérêt du bénéficiaire.

Un testateur ou un donateur créent une fiducie lorsqu'ils craignent que le bénéficiaire ne soit pas capable de conserver les biens qu'il désire lui faire avoir.

122. — b) Création.

L'article 981 a) nous indique tout d'abord qu'on ne peut établir une fiducie que par un acte à titre gratuit : donation entre vifs ou à cause de mort, ou par testament. On ne pourrait pas en faire par un acte à titre onéreux par exemple par une vente.

Il nous indique aussi que tous les biens dans le commerce. meubles comme immeubles, peuvent faire l'objet d'une fiducie.

Enfin la fiducie ne peut être créée qu'en faveur de personnes ayant la capacité de recevoir.

123 c) Rémunération.

Aux termes de l'article 981 g) : « Les fiduciaires agissent gra-« tuitement, à moins qu'il n'ait été pourvu autrement dans le do-« cument créant la fiducie.

« Toutes dépenses encourues par les fiduciaires dans l'accomplis-« sement de leurs devoirs sont à la charge de la fiducie. »

Ceci est la règle pour les exécuteurs testamentaires, qui se rapproche également de celle de la fiducie du fait qu'aux termes de l'article 981 c) cité plus haut, l'auteur de la fiducie peut pourvoir au remplacement des fiduciaires, comme le testateur peut pourvoir au remplacement de ses exécuteurs testamentaires. Mais à la différence de ce qui a lieu pour les exécuteurs testamentaires, si l'auteur de la fiducie n'a pas pourvu au remplacement de son fiduciaire, les tribunaux ont le droit de le remplacer (1). La comparaison avec l'exécuteur testamentaire peut être encore poussée plus loin en ce qui concerne les pouvoirs et la saisine des fiduciaires.

§ III. — *Les droits et obligations du fiduciaire.*

124. — a) *Les droits.*

De même que les articles 918 et 919 du code de Québec régissent la saisine et le pouvoir des exécuteurs testamentaires, de même l'article 981 b) permet au fiduciaire de se comporter en face du bénéficiaire comme s'il était propriétaire et en possession des biens. Il peut donc intenter les actions en revendication ou les actions pétitoires et possessoires et toutes celles qui appartiennent à un propriétaire.

(1) Langelier, tome III, op. cité, page 336.

Ceux qui ont des actions à intenter contre la fiducie doivent les intenter contre le fiduciaire et non contre le bénéficiaire.

« Les pouvoirs d'un fiduciaire ne passent pas à ses héritiers ou « autres successeurs mais ces derniers sont tenus de rendre compte « de sa gestion », nous dit l'article 981 c), mais le législateur a pourvu au cas où les fiduciaires ne s'accorderaient pas sur leur administration, et c'est pourquoi l'article 981 f) énonce :

« Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, la majorité peut agir sauf le « cas où il est autrement pourvu dans le document créant la fidu- « cie. »

Si les droits du fiduciaire sont étendus, ses obligations le sont également.

125. — b) *Obligations du fiduciaire.*

1° Avant l'entrée en fonctions.

Aux termes de l'article 981 h) : « Les fiduciaires sont tenus à « exécuter la fiducie qu'ils ont acceptée, à moins qu'ils ne soient « autorisés à renoncer par un juge de la Cour supérieure, et ils sont « responsables des dommages résultant de leur négligence à l'exé- « cuter lorsqu'ils ne sont pas autorisés à renoncer. »

Personne ne peut être forcé d'accepter une fiducie, mais celui qui y a été appelé et qui l'a acceptée, ne peut pas ensuite y renoncer sans en avoir obtenu l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure.

Si le fiduciaire ne remplit pas ses fonctions, sans avoir renoncé, ou après avoir renoncé sans l'autorisation d'un juge, ce fiduciaire est responsable en dommages envers le bénéficiaire auquel sa négligence cause du préjudice (1).

Remarquons que c'est la même responsabilité que celle qui pèse sur le trustee anglais.

2° Une fois en fonctions.

Dans leur gestion, les fiduciaires jouissent de pouvoirs très étendus. L'article 981 j) énumére ces pouvoirs en ces termes :

981 j) : « Les fiduciaires, sans l'intervention des parties béné- « ficiaires, gèrent la propriété qui leur est confiée et en disposent, « placent les sommes d'argent qui ne sont pas payables aux parties « bénéficiaires et changent, modifient et transposent, de temps à « autre, les placements, et exécutent la fiducie, conformément aux « dispositions et conditions du document créant la fiducie.

« A défaut d'instructions, les fiduciaires font les placements sans « l'intervention des parties bénéficiaires, conformément aux dispo- « sitions de l'article 981 c). »

Les fiduciaires, nous dit Mignault (2), peuvent même disposer des biens qui leur sont confiés, à la condition d'en placer le produit.

---

(1) Langelier, tome III, op. cité, page 340.

(2) Mignault, op. cité, tome V, page 163.

Mais la volonté du donateur ou testateur est toujours la suprême loi et il faut en dernière analyse interroger le document créant la fiducie pour déterminer la nature, comme l'étendue des pouvoirs des fiduciaires. Quand le disposant ne s'en est pas expliqué, on doit se rappeler que les fiduciaires ne sont que des administrateurs et bien que ces pouvoirs d'administration puissent aller jusqu'à des actes de disposition, il faut que ces actes soient accomplis pour exécuter la fiducie, partant dans l'intérêt des bénéficiaires.

Nous avons vu plus haut que les simples qualités de gestion en bon père de famille ne suffisaient pas en matière de trusts, mais qu'il fallait tenir compte, si l'on admet la théorie de M. Lepaulle, de l'affectation du patrimoine.

D'après l'article 981 k) du code de Québec :

« Les fiduciaires sont tenus d'employer, dans la gestion de la fi-
« ducie, une habileté convenable et d'agir en bon père de famille
« mais ne sont pas responsables de la dépréciation ou de la perte
« dans les placements faits conformément aux dispositions du docu-
« ment créant la fiducie ou de la loi, ou de la perte sur les dépôts
« faits dans les banques ou banques d'épargne constituées en cor-
« poration, à moins qu'il n'y ait eu mauvaise foi de leur part en
« faisant ces placements ou dépôts. »

La loi n'exige donc du fiduciaire qu'une « habileté convenable », celle d'un bon « père de famille », mais, comme le fait remarquer Mignault (1), si le disposant a accordé un salaire ou une gratification au fiduciaire, il a droit d'exiger de lui une plus grande attention à la gestion de la fiducie, que si ses fonctions n'étaient pas rémunérées. On voit que la responsabilité des fiduciaires peut et doit varier suivant les circonstances. L'article 981 k) indique comment le fiduciaire doit faire le placement de deniers, l'article 981 o) le complète.

3° A la cessation des fonctions, conformément à l'article 981 l) :
« A l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent rendre compte
« et délivrer toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs entre
« leurs mains aux parties y ayant droit en vertu des dispositions
« du document créant la fiducie ou en vertu de la loi.

« Ils doivent aussi exécuter les transports, cessions ou autres con-
« trats nécessaires pour transférer la propriété tenue en fiducie aux
« parties y ayant droit.

L'obligation de rendre des comptes est commune aux fiduciaires et aux exécuteurs testamentaires mais les fiduciaires sont en plus responsables même du reliquat de leur compte, comme l'énonce l'article 981 m) en ces termes :

« Les fiduciaires sont tenus conjointement et solidairement de
« rendre un seul et même compte, à moins que le donateur ou le tes-

---

(1) Mignault, tome V, op. cité, page 164.

« tateur qui a créé la fiducie n'ait divisé leurs fonctions et que cha-
« cun d'eux ne se soit renfermé dans celles qui lui sont attribuées.

« Ils sont aussi conjointement et solidairement responsables de
« la propriété qui leur est confiée en leur capacité conjointe, et du
« paiement de toute balance en mains, ou des gaspillages ou pertes
« causées par des placements erronés, sauf le cas où ils sont auto-
« risés d'agir séparément et alors ceux qui ont agi séparément et
« se sont renfermés dans les limites des fonctions qui leur sont attri-
« buées sont seuls responsables pour cette administration séparée. »

126. — § IV. — *Extinction de la fiducie.*

La mort, la renonciation du fiduciaire, la destitution, l'exécution complète de la fiducie ou l'expiration du temps donné pour l'exécution mettent fin à la fiducie.

Il n'y a rien à dire sur la mort du fiduciaire. La charge étant personnelle, elle ne passe pas à ses héritiers.

Nous avons vu plus haut qu'aux termes de l'article 981 c), l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure permet au fiduciaire de renoncer à sa charge. Cette renonciation met fin pour l'avenir à ses pouvoirs, mais il est comptable avec les autres fiduciaires de la gestion de la fiducie.

La destitution est prévue par l'article 981 d) : « Les fiduciaires
« dissipant ou gaspillant la propriété de la fiducie, ou refusant ou
« négligeant de mettre à exécution les dispositions du document
« créant la fiducie, ou manquant à leurs devoirs, peuvent être démis
« par la Cour supérieure. »

Enfin puisque l'article 981 b) énonce que « la saisine ne dure
« que le temps stipulé pour la durée de la fiducie », quand le temps est arrivé, il importe peu que le fiduciaire ait accompli tout ce que le disposant l'a chargé de faire ; le temps étant expiré, les fonctions prennent fin de plein droit.

Comme toute autre disposition à titre gratuit ou entre vifs, la fiducie peut se trouver caduque soit à cause du refus du bénéficiaire de la recueillir, soit qu'il n'existe aucun des bénéficiaires auxquels les fiduciaires doivent restituer les biens.

Il n'y a guère à ajouter au sujet du fonctionnement de la fiducie canadienne, dont les textes de base essentiels sont, comme nous l'avons signalé, les articles 981 a), b), c).

« Aucune autre explication que la leur sur sa nature et sur les
« relations juridiques qu'elle établit entre ses trois acteurs. Les arti-
« cles suivants du chapitre de la fiducie ne font que régler, nous
« l'avons dit, des questions de détails touchant les fiduciaires seuls
« et que nous aurions pu résoudre, pour la plupart, avec l'aide des
« règles ordinaires de notre droit. Dans ces conditions, ces trois
« articles suffisent-ils pour bien faire comprendre la fiducie et pour
« en déterminer tous les effets ? Indiquent-ils où nous devons trou-

« ver leur complément ? Ou faut-il remonter à leurs origines pour « les mieux interpréter ? » (1).

Ainsi a été énoncé par M. Jean Casgrain, avocat au barreau de Montréal, le célèbre problème qui se pose au sujet de la nature de la fiducie et au sujet duquel existe une controverse doctrinale, sur laquelle il convient de s'arrêter.

127. — SECTION III. — LA CONTROVERSE DOCTRINALE CONCERNANT LA FIDUCIE

Deux systèmes principaux s'opposent. D'après l'un la fiducie n'est qu'une variété de donations ou de legs soumise par conséquent aux règles générales des donations et des legs, dans tous les cas où le chapitre IV A du Code de Québec ne contient pas des règles particulières en différant expressément.

C'est la théorie conservatrice.

L'autre système voit dans la fiducie une institution d'origine anglaise imitée du trust anglais, c'est la théorie libérale.

128. — § I. — *Théorie conservatrice.*

a) Exposé :

Les adeptes de cette théorie dont le représentant le plus connu est Billette refusent de reconnaître l'origine anglo-saxonne de la fiducie canadienne. « Il ne vient d'Angleterre que l'habitude de faire « des trusts et non autre chose. La notion élémentaire du mandat « dépôt est connue de tous les peuples » (2).

Pour démontrer que la fiducie n'est qu'une variété de donations ou de legs soumise aux règles des libéralités, les partisans de la théorie conservatrice invoquent différents arguments.

1° *Arguments de texte.*

Par les mots : « Peut transporter... par donation ou par testa- « ment », l'article 981 a) accorde une permission, mais cette permission a pour objet la disposition de biens et non pas le mode de disposer. On peut créer une fiducie ou s'abstenir, mais si on veut en créer une, il faut que ce soit par donation ou par testament (3).

D'autre part, aux termes de l'article 981 a), la personne qui transporte ses biens en fiducie doit le faire « pour le bénéfice de personnes « en faveur de qui elle peut faire valablement des donations et des « legs ».

Par conséquent, la fiducie exige en plus d'un fiduciaire, soit un donateur et un donataire, soit un testateur et un légataire.

---

(1) Cf Livre souvenir des Journées du droit civil, Montréal, 1936, op. cité, page 240.

(2) Emile Billette : « Revue du droit », volume XI, voir aussi « Donations et Testaments », tome I, Montréal, 1933.

(3) Livre souvenir, op. cité, page 242.

Le texte se prononce une troisième fois et encore plus clairement; le fiduciaire, personnage dont la présence est absolument requise, n'est pas cependant une partie principale à la donation ou au testament, ce n'est qu'un intermédiaire, un administrateur, un dépositaire.

Dans une transaction qui a pour objet le droit de propriété, ce droit de propriété, il ne fait que l'effleurer. C'est bien ce que précise encore l'article 981 b) en disant qu'il peut revendiquer « la possession » (et non pas la propriété des biens) même contre les donataires et légataires.

M. Faribault (1) fait remarquer que pour les adeptes de cette théorie :

« Tout ce qui tend à affaiblir les pouvoirs des fiduciaires où la « vraisemblance de leur droit de propriété est un appui pour les par- « tisans du droit réel des bénéficiaires. Ainsi on argumentera de la « manière suivante : « S'il y a une donation, un testament, il faut « nécessairement un donataire, un légataire, mais ces termes sont « employés justement pour désigner les bénéficiaires.

. . . . . .

« La Cour suprême décide-t-elle que l'acceptation du fiduciaire « suffit à dessaisir le donateur ? La Cour suprême se trompe. Ce « n'est pas la donation qui se fait par fiducie, mais la fiducie par « donation et donc toutes les règles de la donation s'appliquent sans « exception. »

2° *Argument tiré de la situation du chapitre de la fiducie dans le code.*

Le fait que le chapitre IV A, consacré à la fiducie, se trouve à la suite des chapitres particuliers consacrés aux donations et aux testaments dans le titre II du code consacré aux donations entre vifs et par testament est une preuve que le législateur a voulu rattacher la fiducie aussi intimement que possible à la donation et au testament.

Troisième argument.

Puisque l'article 981 c autorise le « donateur » et le « testateur » créant la fiducie à pourvoir « au remplacement des fiduciaires »... dans le cas de refus d'accepter, c'est que le vrai lien de droit s'établit entre le disposant et le bénéficiaire qui sont les parties principales et que l'acceptation du fiduciaire ne crée pas l'obligation qui existait déjà avec effet rétroactif, mais ne fait que la compléter.

---

(1) Marcel Faribault - La fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec, Montréal, 1936, p. 81 et 92.

b) Critique.

Les adversaires de cette théorie répondent principalement à cette argumentation que « S'il est sans doute exact de dire que « certains articles des donations et des testaments (articles 763, « 768, 776, 778, 831 et suivants, 840 et suivants) s'appliquent au « contrat de fiducie, c'est parce que cette application s'impose en « vertu du texte même de l'article 981 a. Le fait que le chapitre « de la fiducie réfère expressément à quelques parties des chapitres « des donations ou des testaments conduirait plutôt à la conclu- « sion contraire et pourrait signifier que les autres parties de ces « chapitres ne s'appliquent pas. » (1)

Il est donc nécessaire d'élargir les horizons de la fiducie d'où la théorie progressive ou utilitaire.

129. — § II. — *Théorie progressive ou utilitaire.*

a) Exposé.

Soutenue par Mignault (2) la Cour suprême du Canada (3), qui exerce une autorité quasi législative et qui s'est chargée de préciser et de compléter l'article 981 du code, cette théorie repose essentiellement sur l'idée que la fiducie canadienne annoncée dans les articles 869 et 964 lors de la première rédaction du code en 1867, est une institution dont les grandes lignes n'ont fait qu'être esquissées lors de l'incorporation, au code de Québec, des articles 981 a et suivants.

Imitée du trust anglais, la fiducie est un nouveau mode de disposer de ses biens à titre gratuit, qui possède des règles particulières et ne se réclame de la donation et du testament que comme éléments purement formels de sa création.

Pour les tenants de cette théorie, le fiduciaire doit être propriétaire. Le bénéficiaire n'aurait contre le fiduciaire qu'un droit de créance, très souvent une simple créance de revenu, insuffisant par conséquent pour lui conférer un titre réel à la propriété des biens, mais qui expliquerait la nature de ses droits et les dispositions de la loi positive (4).

Premier argument. — Etant donné que la propriété ne saurait rester en suspens et que les bénéficiaires ne sont pas propriétaires des biens, la propriété devra reposer sur la tête des fiduciaires, puisque ce sont eux qui dessaisissent les donateurs.

Deuxième argument. — Malgré la mention qu'il n'est qu'un administrateur, c'est au fiduciaire que la propriété est transportée

(1) Livre souvenir - op. cité - p. 247.

(2) Revue du droit - octobre 1933 - Volume XII - p. 73 à 79.

(3) Arrêts Masson v. Masson - 47 R.C. Suprême Curan v. Davis 1933.

(4) Cf. Faribault, op. cité, p. 73.

(981 a). Il en est saisi et peut en revendiquer la possession même contre le bénéficiaire (981 b). Ce fiduciaire poursuit et il est poursuivi seul, il gère la propriété et en dispose (981 j).

Troisième argument. — Dans toute donation, il faut un donataire dont l'acceptation est requise et rend le contrat parfait. Or, dans la fiducie, l'acceptation du fiduciaire seul suffit à compléter la donation et à dessaisir le donateur. Dans l'arrêt Curran v. Davis de 1933, la Cour suprême prononçait à l'unanimité sur une fiducie par donation que « l'acceptation du fiduciaire dessaisit le disposant « et rend le contrat parfait et irrévocable quant à ce dernier, sauf « réserve expresse sans que l'intervention du bénéficiaire soit « requise ». Le motif étant que le contrat se forme entre le disposant et le fiduciaire et non entre le disposant et le bénéficiaire.

Après avoir passé en revue la doctrine et la jurisprudence, la Cour suprême déclara que la fiducie dans le code de Québec est vraiment d'origine anglaise, étant donné que le droit romain (fidéicommissum) et le droit français n'ont aucune institution identique, étant donné aussi que dans le droit anglais l'acceptation des bénéficiaires comme dans la fiducie canadienne n'est pas nécessaire pour former le contrat.

D'après M. le juge Rinfret, c'est l'article 981 a) qui gouverne toute la fiducie : on aura la fiducie parfaite requise par cet article, pourvu qu'on ait :

a) Une personne capable de disposer librement de ses biens.

b) Un transport de biens.

c) Des fiduciaires.

d) Un document fait en forme d'une donation ou d'un testament.

e) Une stipulation de bénéfices au profit de personnes en faveur de qui on peut faire valablement des donations ou des legs.

b) Critique.

1° Comment expliquer le droit de créance du bénéficiaire ? On se sert du legs avec charge adopté par la jurisprudence française, mais comme l'a fait remarquer M. Faribault (1) :

« On rencontre alors un obstacle considérable dans le man-
« que de gratification du fiduciaire et pour l'éviter, on a été forcé
« en France de faire consister la libéralité non plus dans l'enri-
« chissement gratuit du donataire, mais dans la possibilité d'un
« pareil enrichissement avec la conséquence, dans notre cas, que
« le fiduciaire aurait gardé les biens au cas de caducité de la dis-
« position en faveur des bénéficiaires. Cette solution est cependant
« formellement condamnée par notre article 964 aux termes du-
« quel le fiduciaire ne conserve pas les biens qui passent alors à

(1) Faribault - op. cité - p. 77.

« l'héritier ou au légataire qui recueille la succession — et M. Fa-
« ribault ajoute : Si le fiduciaire est propriétaire à charge de
« rendre, on doit admettre qu'il est aussi à charge de conserver,
« et l'on cherche alors vainement la différence avec la substi-
« tution. »

2° On insiste aussi sur les termes de l'article 981 b qui énonce que les fiduciaires peuvent revendiquer la possession et non pas la propriété des biens même contre les donataires et légataires.

D'autre part, l'article 981 a), lorsqu'il parle du transport au fiduciaire, dit bien « transporter des propriétés mobilières ou immobilières » et non pas « le droit de propriété ». Propriétés signifie « biens » et ce que le transport a pour objet, c'est la possession de ces biens.

3° Enfin, M. Jean Casgrain a fait remarquer dans le livre souvenir des journées du droit civil de Montréal que si les arrêts de la Cour suprême déclarent bien qu'avant la loi de 1880 la fiducie était inconnue au Canada. ils ne semblent pas prouver qu'elle se rattache au trust anglais. Quant à la doctrine, il n'est question que de la seule opinion de Mignault. Enfin, la légère allusion au droit romain ne rappelle aucunement sa fiducia.

« Si ceux, nous dit M. Casgrain, qui veulent voir dans notre
« fiducie beaucoup plus qu'elle ne contient éprouvent vraiment le
« besoin de la rattacher à quelque institution étrangère, pourquoi
« choisissent-ils le trust anglais en particulier ? Le droit romain
« dont nous nous réclamons volontiers nous présente dans sa fidu-
« cia tous les éléments d'un transport du droit de propriété à un
« fiduciaire avec dans la forme définitive de cette institution trop
« peu connue de nous l'obligation légale pour ce fiduciaire de re-
« mettre tous ses droits au bénéficiaire véritable (1) ».

Cette opinion nous paraît d'autant plus plausible qu'à Rome la fiducie — contrat réel de bonne foi — consistait en un transfert solennel de propriété d'un corps certain, transfert fait avec la convention que l'accipiens devrait rendre la propriété de la chose à l'aliénateur au bout d'un certain délai ou dans certaines conditions (2).

Bien que le Digeste ne la mentionne pas expressément, car elle n'existait plus dans le droit de Justinien (3), les œuvres de Cicéron, les Institutes de Gaius (II. 59, 60, IV. 62), les Sentences de Paul (II. 13), nous indiquent que la fiducie a joué un rôle important aussi bien dans l'ancien droit romain qu'à l'époque classique tant pour adopter, émanciper, affranchir que pour réaliser un dépôt

(1) Livre souvenir - op. cité - p. 246.

(2) Hubrecht : « Manuel du droit romain », deuxième année, 1943, p. 100.

(3) Monier - Manuel de droit romain - 2e année - 1944.

ou un prêt (fiducia cum amico) qu'un nantissement (fiducia cum creditore).

Une inscription sur une table de bronze découverte en 1867 en Andalousie, et connue sous le nom de Table de Bétique (1) nous renseigne de manière assez précise sur le fonctionnement de la « fiducia cum creditore ».

D'après ce dernier texte, sorte de formulaire rédigé d'avance (entre 150 avant Jésus-Christ et 450 après Jésus-Christ), pour être utilisé par un esclave préposé par son maître à un genre de succursale de banque faisant des prêts moyennant « fiducia cum creditore », il semble bien que la fiducia romaine comprenait les deux éléments que l'on retrouve tant dans le trust anglais que dans la fiducie canadienne, à savoir :

1° Transfert de la propriété d'une chose (à Rome, transfert solennel qui s'effectuait par la Mancipation).

2° Engagement pris par l'accipiens de retransférer plus tard et sous certaines conditions la propriété de la chose.

A l'époque classique romaine cet engagement : le « Pactum fiduciæ », avait lieu sous la forme d'une simple convention, d'un simple accord de volonté entre les parties.

Il n'avait pas un effet réel, automatique mais personnel mettant à la charge du nouveau propriétaire de retransférer le bien lorsque certaines conditions seraient réalisées.

« Rien n'empêche de supposer d'ailleurs, ajoute M. Casgrain, « que les règles de la fiducie romaine étaient parfaitement con- « nues de ces habiles juristes anglais qui, nous dit-on, inventèrent « le « use » et plus tard le trust dans le seul but de frauder le « droit féodal. »

Nous avons dit plus haut qu'au moyen âge à côté de la juridiction des cours de Common Law, s'était développée en Angleterre la Cour de chancellerie qui a donné naissance à l' « Equity ». Or le chancelier, homme d'église, le plus souvent confesseur du roi et qui, dès 1349, pouvait siéger seul, avait pour rôle principal de faire respecter la parole donnée en assurant une sanction à divers rapports fiduciaires que la Common Law ne sanctionnait pas et en utilisant la procédure du droit canonique.

« Le système de droit appliqué dans nos cours de common « law, écrit Blackstone, et celui qui est appliqué dans nos cours « d'équity sont maintenant deux systèmes également artificiels, « fondés sur les mêmes principes de justice et de droit positif. Ils « diffèrent seulement par différentes particularités dans les for- « mes et les modalités de leurs procédures : l'un tirant son origine « des coutumes féodales... l'autre la tirant de formulaires romains

(1) Girard - Textes de droit romain - p. 827.
Hubrecht - Cours de doctorat - Pandectes - Commentaire de la table de Bétique - Bordeaux - 1944-45 (inédit).

« et canoniques admis par les clercs qu'étaient les chanceliers. » (1)

Une des principales sources du droit canonique étant le droit romain (2), rien d'étonnant que dans les jugements de la cour de chancellerie, on retrouve reproduits des passages entiers du Digeste quoique jamais l'origine de ces passages ne soit avouée (3).

On voit donc le lien étroit reliant l'équity au droit canonique et au droit romain, et comme l'équity réglementait la très importante matière des trusts, que le trust comme la fiducie canadienne comporte les deux éléments de la « fiducia cum creditore », nous pensons que pour trouver les origines de la fiducie canadienne, il faut non seulement remonter au droit anglais mais aussi au droit romain.

Si cette solution ne résoud pas toutes les difficultés nées de l'article 981 du code de Québec et en particulier ne répond pas à tous les arguments de texte que des auteurs considérables se sont opposés et continueront à s'opposer, elle a du moins le mérite de donner à la fiducie canadienne un fondement solide. Le droit du Canada français tout entier, n'a-t-il pas aussi une base romaine ? En dehors de la liberté illimitée de tester et de la fiducie, encore que ce point soit contesté, et du droit commercial, on ne trouve guère au code civil de Québec (4) de textes inspirés du droit anglais. L'influence anglaise est donc légère au point de vue de la législation civile, mais la question se pose de savoir dans quelle mesure les juges de Québec font-ils appel, pour résoudre les litiges, à la doctrine et à la jurisprudence anglaise ou française lorsque le droit de Québec ne leur fournit aucune règle de décision bien précise ?

« Cette hypothèse, nous dit M. David, est appelée à se pré-
« senter de moins en moins souvent, au fur et à mesure que le
« Canada se développe, que la jurisprudence et la doctrine devien-
« nent plus riches à Québec même, que des collections plus im-
« portantes et plus scientifiques de jurisprudence sont à la dispo-
« sition du juge.

« Jusqu'ici cependant, le rôle des juristes et des tribunaux
« anglais et français dans le développement du droit de Québec a
« été considérable. Les juges de Québec, pour les utiliser, se sont
« laissés guider par un principe : ils recherchaient les sources du
« droit dont ils avaient à faire application, et selon que ces sources
« étaient françaises ou anglaises, ils utilisaient comme nous fai-
« sons en France, la doctrine et la jurisprudence françaises, ou,

---

(1) Cité par M. David - Introduction à l'étude du droit privé en Angleterre - Sirey - 1948 - op. cité - p. 184.

(2) Chenon - Histoire du droit public et privé - 1926 - op. cité p. 153.

(3) David - op. cité - p. 53 - note 1.

(4) Nous ne mentionnons pas le droit commercial inspiré du droit anglais, puisqu'en France, le code de commerce n'est pas comme à Québec incorporé au code civil.

« selon les principes reçus en Angleterre, les décisions de justice « anglaises (1) ».

Il faut aussi tenir compte de l'organisation judiciaire du Canada. En effet, si à la base de la hiérarchie, on trouve dans la province de Québec, la cour inférieure avec possibilité d'appel devant la Cour du Banc du roi, au-dessus d'elle se trouve une juridiction fédérale, la Cour suprême du Canada, créée en 1875, et siégeant à Ottawa où la common law est maîtresse. Par la force des choses, cette juridiction considère la règle du précédent comme une bonne règle qui la lie. « Il n'entre pas dans les attributions « de cette cour de réviser ses propres décisions », y déclare Girouard, J. dans Salvas v. Vassal 1897, 27 Supreme Court - Reports of Canada, p. 89 (2).

De même dans la pratique judiciaire, les juges de la province de Québec se considèrent liés par les précédents établis par une juridiction à eux supérieure dans la hiérarchie, mais en théorie, la règle du précédent ne s'est pas établie dans la province de Québec. C'est un fait analogue à ce qui s'est passé en France, où l'influence de la jurisprudence, depuis plus de cent ans, est devenue plus grande sans que sur le terrain des principes et de la théorie rien n'ait été changé. Et pour terminer cette troisième partie de notre thèse, nous ne pouvons mieux faire que de rappeler ce qu'a dit M. David à ce sujet :

« Appliquant tantôt un système de droit, tantôt l'autre pour « l'interprétation des lois écrites de leur pays, selon l'origine an- « glaise ou française de ces lois, les juges de Québec pourraient « sans doute nous donner de bien utiles leçons de droit com- « paré. » (3)

---

(1) David - Cours de législation civile comparée - Doctorat - 1945-46 - p. 283.

(2) David - op. cité - p. 282.

(3) David - Cours de législation civile comparée - Doctorat - 1945-1946 - p. 284.

CONCLUSION

130. — Au carrefour de trois systèmes juridiques : ancien droit français, droit français moderne, droit anglais, le caractère essentiel du droit de la province de Québec est d'énoncer en substance la doctrine du vieux droit coutumier : la coutume de Paris.

« Je ne crois pas qu'il existe au monde de monument législa-
« tif, pas même le code Napoléon, qui en contienne un exposé
« aussi fidèle », a écrit Mignault dans le livre du centenaire du code civil (1).

La coutume de Paris a survécu, non seulement à cause de la codification ordonnée dès 1857, les rédacteurs du code ayant reçu pour mission de reproduire le droit existant en y mettant de l'ordre, mais aussi parce que le milieu rural que constitue le Canada français devait par sa nature être conservateur et, toute concession faite aux idées nouvelles, devait de plus apparaître comme une concession aux idées étrangères risquant d'ouvrir une brèche dans le rempart de la minorité catholique et française.

Le code de Québec n'étant pas comme le code Napoléon une transaction entre deux systèmes, le droit coutumier et le droit écrit, il y a peut-être été un peu moins influencé par le droit romain que le code civil de 1804.

N'oublions cependant pas que le droit romain pour lequel il n'y a jamais eu de réception d'ensemble en Angleterre, a tout de même réagi sur le droit d'outre-Manche, grâce à l'équity.

D'autre part, l'influence romaine s'est également fait sentir sur la coutume de Paris qui, comme l'a démontré M. Olivier Martin, reste le trait d'union entre le droit romain et les législations modernes (2).

Le droit de la province de Québec, du fait qu'il est une synthèse d'institutions empruntées au droit de la coutume de Paris, au droit français moderne, au droit anglais, est donc bien, lui aussi, issu du droit romain.

C'est ce qu'exprimait M. Robert Taschereau, professeur à l'Université Laval de Québec, quand il écrivait, en 1936 (3) :

« Le code français est âgé de cent trente ans, le code québec-
« quois n'a que soixante-huit ans, mais n'oublions pas que ces deux

(1) Livre du Centenaire du code civil - Tome II - p. 727.

(2) Olivier Martin : « La coutume de Paris », trait d'union entre le droit romain et les législations modernes - Paris 1925 - p. 19 et 80.

(3) Livre souvenir des journées du droit civil, Montréal, 1936, op. cité, p. 670.

« codes sont les enfants du droit civil créé par les Romains, main-
« tenant âgé d'au delà de deux mille ans.

« Les Romains ont été les véritables créateurs du droit civil
« et malgré ces temps où les idées changent avec rapidité, beau-
« coup d'antiques principes demeurent immuables.

« Je ne dirai pas que nous les approuvions tous. Les anciens
« nous ont imposé des lois civiles que peut-être nous n'aurions pas
« choisies, mais auxquelles malgré notre modernisme et notre té-
« mérité nous n'avons pas osé toucher.

« Ne devons-nous pas rendre hommage au génie de ces vieux
« jurisconsultes d'autrefois qui vivaient dans des temps où les
« mœurs étaient différentes, et ont su cependant poser des règles
« qui ont satisfait les générations d'hier, celles d'aujourd'hui et
« probablement celles de demain ? »

Peut-on discerner dans quel sens s'oriente le droit de la province de Québec et le droit canadien en général ?

Pour répondre à cette question, il faut faire la distinction entre les matières de la compétence du Parlement de la province de Québec et celle du Parlement fédéral.

Dans les matières de la compétence du Parlement de la province, c'est-à-dire presque tout le droit civil, le droit français a su jusqu'à présent conserver remarquablement ses positions et il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas toujours ainsi, mais dans les matières de la compétence du Parlement fédéral, il est inévitable que les principes du droit anglais qui sont ceux de la majorité du Canada l'emportent. Rappelons-nous qu'en dehors du droit public et criminel, la procédure et le droit commercial relèvent de la compétence du Parlement fédéral.

Même dans ces matières cependant où le droit canadien s'est inspiré du droit anglais, la législation d'outre-Manche ne doit pas être considérée comme ayant été copiée purement et simplement; ainsi le système bancaire du Canada présente une originalité propre par rapport tant au droit anglais qu'américain.

Faut-il voir là l'ébauche d'un droit canadien propre ?

Dans son livre : « Le Canada, puissance internationale », M. André Siegfried a fait ressortir que la garantie de l'indépendance canadienne était un équilibre entre l'Angleterre à laquelle l'allégeance politique rattache ce pays et les Etats-Unis, avec lesquels il a des liens géographiques, économiques et sociaux, le maintien de cet équilibre étant nécessaire.

Dès aujourd'hui, le Canada a cause gagnée sur deux points. Vis-à-vis de l'Angleterre, son indépendance est acquise puisque la Cour suprême du Canada vient de devenir (depuis octobre 1949) la cour d'appel définitive du Dominion et que les Canadiens ne pourront plus se référer en dernière instance au comité juridique

du Conseil privé de Londres, cour d'appel suprême de l'Empire britannique, le seul lien officiel entre le Canada et la Grande-Bretagne étant maintenant le roi d'Angleterre qui est aussi roi du Canada.

Vis-à-vis des Etats-Unis qui n'ont aucune ambition d'annexion, le Canada a su de même affirmer son droit et sa volonté de vivre sa vie propre.

Comme l'a fait remarquer M. Siegfried (1) « La conscience « d'un patriotisme canadien grandit chaque jour et elle s'affirme « par le fait même de la durée de l'Etat canadien... mais la notion « de ce patriotisme est surtout politique, il faudrait qu'il s'appuyât « sur une culture qui en serait le fondement nécessaire ».

Cette culture se dégage, elle est virtuellement sensible, elle s'exprime dans les vers des poètes, dans les tableaux des peintres dont on voit bien que plusieurs peignent avec leur cœur.

Une évolution est donc en cours. Cette évolution nationale du Canada affirmera sans doute les traits distinctifs de son droit privé, mais comme le pourcentage des Canadiens français s'accroît, qu'il représente plus de trente pour cent de la population totale, les traits distinctifs du droit de la province de Québec ne cesseront de s'affirmer.

Souhaitons que son enseignement et son étude se développent en France afin de resserrer encore les liens qui existent entre notre pays et celui qui s'est appelé « La Nouvelle France ».

Le président de la thèse :
M. LABORDE-LACOSTE.

Vu : *le doyen,*
R. POPLAWSKI.

Vu et permis d'imprimer
Bordeaux, le 18 janvier 1950.
Le recteur :
A. MARCHAUD.

---

(1) Siegfried - Le Canada, puissance internationale - 1947 - p. 241 et 242.

BIBLIOGRAPHIE

CAPITANT (H.). — Article paru au Dalloz hebdomadaire 1935, page 1, intitulé « Les journées du Droit civil français tenues à Montréal à l'occasion des fêtes du quatrième centenaire de la découverte du Canada par Jacques Cartier ».

CAPITANT (H.). — *De la cause des obligations,* Paris, 1930.

CAPITANT (H.). — *Mélanges. Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* 1939.

Barreau de Montréal. — *Livre souvenir des journées du droit civil français,* 1936.

I. — AUTEURS CANADIENS

Civil Code of lower Canada, édition en anglais, Montréal, 1945.

BEAUCHAMP. — *Code civil de la province de Québec annoté,* Montréal, 1905.

BILLETTE. — 1° *Traité théorique et pratique de droit civil canadien,* Montréal, 1933.

— 2° *La cause des obligations et prestations,* Montréal, 1933.

DESY. — *Rapport sur le droit civil du Bas-Canada* (« Bulletin de la Société de législation comparée »), 1920, p. 282.

FABRE-SURVEYER. — *Principes généraux de dévolution successorale,* Québec, 1937.

FARIBAULT. — *La fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec,* Montréal, 1936.

LANGELIER. — *Cours de droit civil de la province de Québec,* six volumes, 1905.

LEMIEUX. — *Origines du droit franco-canadien,* Montréal, 1900.

MIGNAULT. — *Le droit civil canadien basé sur les répétitions écrites,* de Frédéric Mourlon, Montréal, 1895-1916, neuf volumes.

MONPETIT (A.) et TAILLEFER (G.). — *Traité de droit civil de Québec,* Montréal, 1945, tome III.

PERRAULT Antonio. — *Traité de droit commercial,* Montréal, 1936.

SIROIS. — *De la forme des testaments,* Montréal, 1907.

TRUDEL. — *Traité de droit civil canadien,* Montréal, 1945.

WALTON. — *The scope and interpretation of civil code of Lower Canada,* Montréal, 1907.

Documents relating to the Seigniorial Tenure in Canada (« Publication of the Champlain Society »), Toronto, 1908.

II. — AUTEURS FRANÇAIS

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français,* 6e édition, par E. Bartin, puis Paul Esmein, Paris, 1936-1937.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil,* 3e édition, 1907-1908.

COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours élémentaire de droit civil,* Paris, 1947-1948-1949.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de droit civil,* Paris, 1943-1944-1945-1946-1947-1948-1949.

LABORDE-LACOSTE. — *Exposé méthodique de droit civil,* tome II, Paris, 1947.

BEAUMANOIR. — *Recueil des coutumes de Beauvaisis,* édition Salmon, Paris, 1899.

BRISSAUD. — *Histoire du droit privé,* Paris, 1904.

CHENON. — *Histoire générale du droit public et privé,* Sirey, 1926.

CURTI. — *Manuel de droit civil anglais,* Paris, 1928.

DAVID. — *Introduction à l'étude du droit privé en Angleterre,* Paris, 1948.

ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique,* Paris, 1929-1935.

GUYOT. — *Répertoire de jurisprudence,* 1784 (ancien droit).

HEFÈLE-LECLERCQ. — *Histoire des conciles,* Paris, 1938.

HUBRECHT. — *Cours de droit romain,* tome II, Paris, 1943.

JARAY (G.-L.). — *L'Empire français d'Amérique,* Paris, 1938.

LAMBERT. — *Introduction à l'étude du droit comparé,* Lyon, 1938.

LE BRAS. — *Dictionnaire de théologie catholique,* de Vacant et Mangenot, « Article sur le mariage », Paris, 1926.

LEFEBVRE. — *Les successions dans l'ancien droit,* Paris, 1918.

LEPAULLE. — *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal, en droit international,* Paris, 1932.

MAZEAUD. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* tomes I et II, 1947-1948.

MONIER. — *Manuel de droit romain,* tome II, 1944.

OLIVIER MARTIN. — 1° *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris,* 1922.

— 2° *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes,* Paris, 1925.

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles,* Paris, 1936.

SAVATIER. — *Traité de la responsabilité civile en droit français,* Paris, 1939.

VIOLLET. — *Histoire du droit français,* Paris, 1905.

III. — AUTEURS ETRANGERS

ARMINJON, NOLDE, WOLFF. — *Traité de droit comparé*, tome I, Paris, 1950.

IV. — THESES

ANTIER. — *La survivance de la deuxième coutume de Paris* (« Le droit civil du Bas-Canada »), Paris, 1923.

BADRE. — *Le développement historique des « Uses » jusqu'à l'introduction des Trusts en droit anglais*, Paris, 1932.

DAUVILLIER. — *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise depuis le décret de Gratien* (1130) *jusqu'à la mort de Clément V* (1314), Paris, 1933.

DESCHAMPS. — *Le consentement des futurs conjoints au mariage*, Rennes, 1943.

MAILLARD. — *La puissance maritale et le douaire de l'ancien droit de Normandie, Paris*, 1909.

MAURIN. — *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées*, Paris, 1938.

PINATEL. — *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, Aix, 1938.

V. — ARTICLES DE REVUES

1. *Revue du droit public à Québec*, 1922 à 1928.
2. *Revue trimestrielle de droit civil*, en particulier, article de M. Paul Durand, 1944, page 74.
3. *Revue critique de législation et jurisprudence*, en particulier, l'article de M. Flour paru en 1938, page 338 : « Responsabilité civile, examen doctrinal de jurisprudence ».
4. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1920 à 1939.
5. *Les cahiers du droit*, n° 1, 1945, article de M. le doyen Lalou : « Reculs de la théorie du risque ».
6. *Dalloz hebdomadaire*, 1938, page 65, article de Josserand : « Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses.

VI. — COURS DE FACULTE

a) *Cours polycopiés :*

DAVID, professeur à la faculté de Paris. — « Cours de législation civile comparée » (doctorat), 1945-46. Edité par *Les cours de droit*, Paris.

PETOT, professeur à la faculté de Paris. — 1° « Les propres dans l'ancien droit français », (cours de doctorat), 1941-42. Edité par *Les cours de droit*, Paris. — 2° « La formation historique du régime de communauté entre époux, (cours de doctorat), 1942-43. Edité par *Les cours de droit*, Paris.

b) *Inédits :*

Bernard (+), professeur à la faculté de Bordeaux. — « Le mariage en droit canonique » (cours de doctorat), 1945.

Ellul, professeur à la faculté de Bordeaux. — « Cours d'histoire du droit » (1re année), 1941-42.

Hubrecht, professeur à la faculté de Bordeaux. — 1° « La condition des personnes et des terres sous l'ancien régime » (cours de doctorat), 1945.

— 2° « Commentaire de la table de Bétique sur la fiducie » (cours de pandectes).

Laborde-Lacoste, professeur à la faculté de Bordeaux. — « L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de libéralités » (cours de doctorat), 1944.

Vizioz, doyen de la faculté de Bordeaux. — « Cours de droit civil comparé » (doctorat), 1945.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 7

Aperçu de l'histoire du droit de la province de Québec 10

Première partie. — L'INFLUENCE DE L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE I. — *LE MARIAGE CONTRAT RELIGIEUX*

Généralités historiques 16

SECTION I. — *La célébration du mariage* 17

§ I. — *Le fonctionnaire compétent* 17

a) Le sens du mot publiquement 17

b) Rôle du ministre et des témoins 18

c) Règles de compétence 19

§ II. — *La publication des bans* 21

a) Où doit-elle se faire 22

b) But 22

c) Nombre de bans 22

§ III. — *Sanctions* 22

a) De l'absence de publicité 23

b) De la non-publication des bans 23

SECTION II. — *L'indissolubilité du mariage. Historique* 23

§ I. — *La prohibition du divorce* 25

§ II. — *La séparation de corps* 27

CHAPITRE II. — *L'EMPHYTEOSE*

Généralités historiques 30

SECTION I. — *Les éléments de l'emphytéose* 32

§ I. — *L'aliénation* 32

§ II. — *Durée* 34

§ III. — *Obligation d'améliorer* 34

§ IV. — *Redevance* 34

SECTION II. — *Sanction des obligations du preneur à emphytéose* 36

§ I. — *Déguerpissement* 36

§ II. — *Déchéance* 38

CHAPITRE III. — *LE DOUAIRE*

Généralités historiques 40

SECTION I. — *Règles générales concernant le douaire*..... 43

§ I. — *Variétés* 43
§ II. — *Composition* 44
§ III. — *Droits de la femme sur le douaire*..... 45
§ IV. — *Extinction du douaire*..... 48
§ V. — *Protection du douaire*..... 49

SECTION II. — *Règles spéciales concernant le douaire des enfants* 49

§ I. — *Ouverture* 50
§ II. — *Droits et obligations des enfants sur le douaire.* 51

CHAPITRE IV. — *LES SUBSTITUTIONS FIDEICOMMISSAIRES*

Généralités historiques 53

SECTION I. — *Variétés et formes de substitutions*..... 55

§ I. — *Variétés* 55
§ II. — *Formes* 56
a) Formalités intrinsèques 56
b) Formalités extrinsèques 58

SECTION II. — *Les droits et obligations du grevé*..... 59

§ I. — *Avant l'ouverture* 59
§ II. — *A l'ouverture* 61

SECTION III. — *La tendance jurisprudentielle*..... 62

§ I. — *En France, limitation de la prohibition*..... 62
§ II. — *Au Canada, limitation de la permission*..... 65

Deuxième partie. — L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS MODERNE

CHAPITRE I. — *LA FORMATION DU CONTRAT*

Généralités 68

SECTION I. — *Les particularités relatives aux conditions d'existence du contrat dans le droit de la province de Québec.* 69

§ I. — *Le consentement* 69
§ II. — *L'objet* 71
§ III. — *La cause* 72
A. Les différentes conceptions de la cause en droit français 73
B. La notion de cause d'après une théorie récente du droit de la province de Québec..... 75
C. Les applications de la cause dans le droit de la province de Québec..... 79
D. La preuve de la cause dans le droit de la province de Québec..... 81

SECTION II. — *Les particularités relatives aux conditions de validité du contrat dans le droit de la province de Québec.* 82

§ I. — *Les vices du consentement* 83
a) L'erreur 83
b) Le dol 84
c) La violence 85
d) La lésion 86

§ II. — *Capacité des parties contractantes* 90
A. — Pouvoirs conférés à la femme mariée à Québec
1° Généralités 91
2° Le jeu des pouvoirs conférés aux époux 93
B. — Situation juridique de la femme qui exerce une profession séparée à Québec 95
1° Necessité de l'autorisation maritale 95
2° Le libre salaire de la femme mariée 97

CHAPITRE II. — *LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES INANIMEES*

Généralités. Principes de responsabilité 101

SECTION I. — *Principe général de la responsabilité du fait des choses inanimées* 101

§ I. — *Le principe : évolution de la doctrine et de la jurisprudence dans les deux droits* 101
§ II. — *Les conditions d'application du principe dans les deux droits* 102
1° La garde et le gardien 102
2° La nature de la chose 103
3° Le lien de causalité 104
§ III. — *Participation à l'usage gratuit de la chose* 104
§ IV. — *Force de la présomption* 105

SECTION II. — *Fondement de la présomption de responsabilité dans les deux droits* 106

§ I. — *Rappel de la théorie du risque* 106
§ II. — *Sa non-admission à Québec* 108
§ III. — *Son recul en France* 109

CHAPITRE III. — *LA DEVOLUTION SUCCESSORALE PERSONNES APPELEES A SUCCEDER*

Généralités 111

SECTION I. — *La représentation successorale* 112

SECTION II. — *Le principe de la fente* 113

SECTION III. — *Règles propres à chaque ordre d'héritiers*.... 113

§ I. — *Héritiers légitimes* 113
1° Conjoints et descendants..... 114
2° Ascendants 116
3° Collatéraux 117
4° Situation des enfants naturels..... 118

§ II. — *Successions irrégulières* 118

§ III. — *Successions anomales* 119

Troisième partie. — L'INFLUENCE DU DROIT ANGLAIS

Notions générales sur le droit anglais..... 120

CHAPITRE I. — *LA LIBERTE DE TESTER*

SECTION I. — *Particularités du droit successoral anglais*..... 124

§ I. — *Successions* ab intestat *et successions testamentaires* 124

§ II. — *Origine de la règle de la liberté illimitée de tester et son application en Angleterre*..... 125

SECTION II. — *La liberté de tester dans la province de Québec.*

§ I. — *Le principe* 126

§ II. — *Exceptions* 127
a) Incapacité de droit..... 127
b) Incapacité de fait..... 128

CHAPITRE II. — *LA FIDUCIE*

SECTION I. — *Le trust anglais*..... 130

§ I. — *Utilité. Origine. Variétés. Création*..... 130

§ II. — *Obligations du trustee. Sanction de ces obligations* 133

§ III. — *Protection du bénéficiaire*..... 135

SECTION II. — *La fiducie canadienne*..... 136

§ I. — *Définition. Textes du code*..... 136

§ II. — *Utilité. Création. Rémunération du fiduciaire*.. 138

§ III. — *Droits et obligations du fiduciaire*..... 138

§ IV. — *Extinction de la fiducie*..... 141

SECTION III. — *La controverse doctrinale au sujet de la fiducie.*

§ I. — *Théorie conservatrice* 142

§ II. — *Théorie progressive ou utilitaire*..... 144

CONCLUSION 150

BIBLIOGRAPHIE 153

TABLE DES MATIÈRES 157

Imprimerie P. Guiauchain
2, rue Bourlon
Alger